

THÈSE DE
PARIS.

1888

N^o. 126.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU MANDATUM PECUNIÆ CREDENDÆ

DROIT FRANÇAIS

DE L'EFFET DÉCLARATIF DU PARTAGE

EN MATIÈRE DE SUCCESSION

ENVISAGÉ

**QUANT A LA PERCEPTION DES DROITS
D'ENREGISTREMENT**

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

ALEXIS THIBAUDIN

JUGE SUPPLÉANT AU TRIBUNAL CIVIL DE CHATEAURoux

PARIS

ÉDOUARD DUCHEMIN, ÉDITEUR

18, RUE SOUFFLOT, 18

1888

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

Châteaoux. — Typ et Stéréotyp. A. MAJESTÉ.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU MANDATUM PECUNIÆ CREDENDÆ

DROIT FRANÇAIS

DE L'EFFET DÉCLARATIF DU PARTAGE

EN MATIÈRE DE SUCCESSION

ENVISAGÉ

QUANT A LA PERCEPTION DES DROITS

D'ENREGISTREMENT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Mercredi 16 Mai 1888, à 1 h. 1/2

PAR

ALEXIS THIBAUDIN

JUGE SUPPLÉANT AU TRIBUNAL CIVIL DE CHATEAUXROUX

Président : M. G. DEMANTE

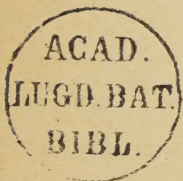
SUFFRAGANTS : { MM. RENAULT, } Professeurs
 { LAINÉ, }
 { MASSIGLI, Agrégé

PARIS

ÉDOUARD DUCHEMIN, ÉDITEUR

18, RUE SOUFFLOT, 18

1888



A MA GRAND'MÈRE

A MON PÈRE — A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

DU

MANDATUM PECUNIÆ CREDENDÆ

GÉNÉRALITÉS

La législation romaine, comme la nôtre, avait consacré divers modes de garanties permettant au créancier, qui n'avait pas foi dans la solvabilité de son débiteur, de fortifier l'obligation principale et d'en assurer l'exécution, grâce à l'adjonction de certaines sûretés. Ces sûretés pouvaient être, comme aujourd'hui, ou réelles ou personnelles : les unes résultant d'une obligation accessoire à celle du débiteur qui avait alors un tiers comme garant de son insolvabilité éventuelle; les autres consistant simplement soit dans la remise d'un gage, soit dans la constitution d'une hypothèque.

Dans notre droit moderne, les garanties réelles, et notamment l'hypothèque, ont une importance considérable, tandis que le cautionnement, sauf en matière commerciale est très peu usité dans la pratique. Ce résultat provient évidemment de ce que l'hypothèque, avec les divers droits de suite et de préférence qu'elle

confère, est la sûreté la plus solide et la plus énergique dont on puisse disposer pour assurer l'acquittement d'une dette. Il en était autrement à Rome où les garanties personnelles semblent bien avoir occupé le premier rang.

Pourquoi cette défaveur à l'égard des diverses sûretés réelles qui chez nous ont une si grande supériorité sur le cautionnement? Pourquoi enfin cette différence entre les deux législations?

Cette préférence des Romains n'a cependant rien qui doive nous surprendre, et elle peut s'expliquer fort bien par les considérations suivantes:

Tout d'abord, il faut remarquer que l'hypothèque ne fit qu'assez tard son apparition à Rome et qu'au début les modes de garantie réelle étaient peu perfectionnés et presque rudimentaires. En effet le contrat de fiducie présentait de nombreux dangers pour le débiteur; d'autre part, le gage, qui offrait de très graves inconvénients pour les deux parties, était un instrument de crédit bien peu commode. L'introduction de l'hypothèque, à la fin de la République, ne donna pas, en raison de l'organisation défectueuse de cette sûreté, tous les fruits qu'on pouvait en attendre: aussi le peu de sécurité que cette garantie procurait au créancier fut-elle l'une des causes qui assurèrent la prédominance du cautionnement. Ce ne sera que dans notre droit moderne où nous trouverons enfin une bonne législation hypothécaire fondée sur le principe de la publicité.

C'est précisément l'insuffisance de ces procédés de garantie réelle qui amena à l'origine une sorte de réaction dans le droit des obligations; et c'est surtout à cette cause, croyons-nous, qu'il faut attribuer ce faisceau d'actions rigoureuses mises à la disposition

du créancier et aboutissant à des voies d'exécution sur la personne même du débiteur. « L'obligation, comme le dit fort bien M. Gérardin, c'est pour les Romains, *personæ obligatio*, un acte par lequel je dispose de ma personne plus que de mon patrimoine ¹. »

De plus les garanties personnelles durent se trouver, dans les premiers siècles, en harmonie parfaite avec l'organisation sociale de l'antique Rome où des relations très étroites existaient entre certains membres de la même cité, notamment entre les patriciens et toutes les personnes qui composaient la *gens* à laquelle ceux-ci appartenaient. Aussi pourrait-on presque affirmer que le cautionnement doit son origine aux rapports de clientèle qui faisaient un devoir aux clients de répondre des dettes de leurs patrons et même d'en assurer le paiement, en cas d'insolvabilité de ces derniers. De là le cautionnement passa rapidement dans la pratique où il devint d'un usage journalier ².

Telles sont, d'après nous, les principales causes qui ont fait préférer aux Romains les simples garanties personnelles à toutes les autres sûretés réelles.

Contrairement à ce qui a eu lieu aujourd'hui, nous trouvons dans la législation romaine une grande diversité de modes de s'engager accessoirement pour fortifier une créance et en assurer tous ses effets. Ce sont : l'*adpromissio*, le pacte *de constitut* et le *mandatum pecuniæ credendæ*. Ces différentes formes de cautionnement, qui ont chacune leur théorie propre, n'ont pas fait leur apparition à la même époque ; il y a eu, dans cette matière, de longs tâtonnements, des

1. Voir M. Gérardin. *Étude sur la solidarité*, p. 6.

2. *Comp. Étude sur les sponsores, fidepromissores et fidejussores*, par M. Appleton. *Revue historique de droit français et étranger*, t. VI, p. 559.

modifications profondes qui marquent ainsi les étapes successives d'une législation qui tend à l'unité.

Pendant très longtemps, le contrat verbal fut la seule forme possible de cautionnement. C'était là, du reste, une des conséquences d'une règle propre à la législation romaine, règle que les jurisconsultes traduisent dans ce brocart : *ex nudo pacto non nascitur actio*. On sait en effet que les Romains n'ont consacré et pourvu d'actions qu'un nombre très limité de conventions, celles qui répondaient absolument aux exigences de la pratique, comme la vente, le louage, le mandat, la société. En dehors de la liste officielle de ces conventions privilégiées, de ces quelques opérations usuelles qualifiées contrats, l'accord des volontés restait dépourvu de tout effet juridique, à moins qu'il n'ait été revêtu de certaines formes solennelles. Le seul moyen de rendre obligatoire ces conventions, dans les cas très nombreux où la loi ne les avait pas admises pour elles-mêmes, était de recourir à la stipulation qui était, comme on l'a dit, la formule exécutoire dont les parties pouvaient se servir pour vivifier leur propre consentement. Le contrat verbal, dans lequel les paroles prononcées sont la cause unique de l'obligation, nous présente cette particularité, c'est que, n'ayant pas comme les contrats réels et consensuels d'objet spécial ni de fonction déterminée, il peut s'appliquer aux opérations les plus diverses et les plus variées. Quelle que soit d'ailleurs la diversité des conventions à constater, la stipulation imprime à toutes un caractère uniforme et leur fait produire identiquement les mêmes effets. Aussi ce procédé, à raison de son organisation artificielle, se prêtait-il à merveille à la création d'engagements là même où toute cause

naturelle d'obligation faisait défaut; c'est ainsi que le répondant, dont l'obligation n'a pas d'autre cause que la volonté prise par lui d'assurer les charges d'une dette pour rendre service à quelqu'un, se trouvait valablement obligé lorsqu'il avait fait usage de la stipulation romaine qui, dans cette application particulière, prenait le nom d'*adpromissio* ¹.

D'après les termes employés dans la formule, l'*adpromissio* pouvait se subdiviser en trois groupes différents : la *sponsio*, la *fidepromissio* et la *fidejussio*.

A une époque très reculée et très difficile à déterminer exactement, alors que le droit civil appartenait encore exclusivement aux habitants de la Cité, la formule *spondesne ? spondeo*, réservée aux citoyens romains, était la seule forme usitée de cautionnement (*Com. Gaius*, III, § 93). Plus tard, avec la multiplicité des affaires, le développement toujours croissant des transactions commerciales, nées du contact des Romains avec les peuples voisins, le besoin impérieux de consacrer ces rapports journaliers, imposa la création de formules nouvelles destinées à mettre la stipulation avec toutes ses applications à la portée des étrangers. C'est alors que, grâce à cette sage réforme, vers le commencement du VII^e siècle de Rome, c'est-à-dire avant l'introduction des lois Furia et Apuleia, nous voyons apparaître une nouvelle forme de cautionnement, la *fidepromissio* dont l'accès est ouvert tant aux pérégrins qu'aux habitants de la Cité. Bien que s'étendant à tous sans distinction d'origine et de nationalité ce dernier mode de garantie ne fit pas disparaître la *sponsio* qui trouvait encore son utilité. En effet les citoyens romains pouvaient avoir intérêt à s'engager

1. Comp. M. Gérardin. *Etude sur la solidarité*.

comme *sponsores* pour s'assurer un recours plus énergique contre le débiteur par une action spéciale donnée au double, l'action *depensi*, laquelle leur permettait de plus de se servir de voies d'exécution très énergiques, de la *manus injectio pro judicato* (Com. Gaius, IV, § 22).

Si à un point de vue la *fidepromissio* avait réalisé un progrès sur la *sponsio*, elle n'en restait pas moins soumise, comme sa devancière, à des règles étroites et rigoureuses qui dans la pratique rendaient son emploi très difficile comme instrument de crédit. C'est ainsi que ces deux formes de cautionnement ne pouvaient accéder qu'à des obligations verbales (Gaius, III, § 119), que les obligations contractées par le *fidepromissor*, comme celles du *sponsor*, s'éteignaient par le court délai de deux ans et n'étaient pas transmissibles à leurs héritiers (Com. III, §§ 120 et 121). A toutes ces restrictions légales, il faut encore ajouter les rigueurs de la loi Furia qui, en opérant la division de la dette entre tous les coobligés qui existaient au jour de l'échéance, avait pour résultat de mettre les risques de l'insolvabilité de l'un d'eux à la charge du créancier.

Ce fut pour remédier à de tels inconvénients et échapper à de tels dangers que la jurisprudence créa la *fidejussio* et la dégagea des nombreuses entraves qui jusque-là avaient empêché le développement normal de ce mode de sûreté personnelle. Cependant il faut arriver à l'année 673 de Rome pour trouver des traces de cette troisième forme d'*adpromissio* dont il est fait mention pour la première fois seulement dans la loi Cornelia (G. C. III, § 124). Tout nous porte donc à croire que l'introduction de la *fidejussio* dut

être contemporaine de ce dernier texte législatif.

Il est incontestable que la fidéjussion avait une supériorité marquée sur les deux autres classes d'*adpromissio*, et cela explique pourquoi elle n'a pas tardé, en pratique, à les remplacer jusqu'au jour où, dans le dernier état du droit, celles-ci ont fini par disparaître complètement. C'est ainsi que la *fidejussio* put garantir toute espèce de dettes, quelle que fut leur cause ou leur origine ; le principe que le cautionnement ne constituait pas un service personnel rendu au débiteur ne s'appliquait pas ici, et l'engagement du fidéjusseur n'étant plus viager, il en résultait que son obligation était transmise à ses héritiers et qu'elle ne pouvait s'éteindre par le laps de deux années. — Cette étude rapide nous montre jusqu'à quel point les Romains ont poussé le respect des formes anciennes ; au lieu de modifier les formules qui ne répondent plus aux exigences du moment, ils préférèrent en créer de nouvelles à côté des précédentes qui subsistent de nom et sont les témoins muets des temps passés. Ce n'est qu'au Bas-Empire que l'on voit le législateur procéder par voie d'abrogation et faire disparaître des recueils de lois tous ces vieux textes que les progrès de la jurisprudence ont démodé et mis hors d'usage.

- Le cautionnement contracté par voie d'*adpromissio* présente beaucoup d'analogie avec la solidarité ; on retrouve dans l'un comme dans l'autre ces caractères communs : *unité d'objet* et *pluralité de liens*. — Au début, avant que la nature accessoire de l'obligation de la caution ait été plus nettement dégagée par l'obtention de diverses faveurs, connues sous le nom de bénéfices, il n'est pas douteux que ces deux procédés de garantie, entre lesquels existaient tant de traits de res-

semblance, durent avoir la même fonction et la même utilité pratique pour le créancier. Mais lorsque plus tard le sort de la caution s'est adouci, la solidarité qui avait conservé dans toute sa rigueur ses principes primitifs offrait au créancier un moyen d'action plus énergique contre ses divers débiteurs. Néanmoins on ne peut nier que même à ce moment l'*adpromissio* n'ait eu de nombreux points de contact avec la solidarité, si bien qu'on a pu dire avec raison que cette dernière « était une forme perfectionnée du cautionnement ¹. »

Malgré les progrès réalisés par la fidéjussion, cette dernière sûreté était d'une application, ni assez facile, ni assez générale, pour pouvoir se plier aux exigences de la pratique et à tous les besoins d'un peuple, chez lequel le commerce et l'industrie allaient prendre un essor rapide. Ce contrat essentiellement formaliste, qui ne pouvait se former en dehors de la présence des parties n'était donc pas à la portée des absents et des muets, alors même que ceux-ci auraient pu manifester très clairement leur volonté. Ces inconvénients, auxquels il faut ajouter les conséquences particulièrement funestes de la litiscontestation, contribuèrent à faire adopter deux nouveaux modes de cautionnement dans lesquels le seul consentement, dépourvu de toutes solennités, fut assez efficace pour vivifier tout accord conclu dans ce but par les cocontractants. On se servit du pacte prétorien de constitut et du contrat de mandat qui l'un et l'autre n'avaient pas reçu au début cette destination spéciale et qui, par extension, purent permettre d'accéder à la dette d'autrui. — *Lato sensu*, le constitut est une conven-

1. Hauriou. Origine de la corréalité ; *Nouv. Rev. histor.* 1882, p. 227. Voir également l'étude remarquable de M. Gérardin sur la solidarité.

tion par laquelle une personne s'engage à payer à jour fixe une dette préexistante. — Au point de vue tout particulier qui nous occupe, ce pacte constituait un mode de garantie personnelle lorsqu'un tiers promettait au créancier ce qui lui était dû, sans toutefois avoir l'intention de libérer le principal obligé.

A la différence de la fidéjussion, cette combinaison donne naissance à deux obligations distinctes, sanctionnées par deux actions dont l'existence est indépendante l'une de l'autre, l'action née du contrat, contre le débiteur, et l'action *de constitutâ pecuniâ* contre l'intervenant. — D'où cette conséquence que l'objet des obligations, principale et accessoire, ne doit pas être nécessairement identique ; cela étant, s'il est vrai que dans le cautionnement l'obligation de la caution ne trouve pas en elle-même de cause propre et se confonde avec l'obligation principale, il faudra en conclure, comme l'a fait Gide, que le pacte de constitut n'est qu'un *quasi-cautionnement* ¹.

La même particularité se rencontre dans le *mandatum pecuniæ credendæ*, cette seconde forme de garantie personnelle qui, elle aussi, n'a pas d'autre source que le seul consentement des parties. Ce contrat devant attirer toute notre attention, nous indiquerons dès maintenant la place que nous nous proposons de suivre dans notre étude. Notre travail se divisera en quatre parties ou chapitres :

Chapitre I^{er}. — § 1^{er}. Définition du *mandatum*.

— § 2. Nature du *mandatum*.

— § 3. Quelles personnes peuvent se porter *mandatores*.

1. Voir Gide. *Etude sur la novation*, p. 129 et M. Gérardin, *Etude sur la solidarité*, p. 7 et note.

Chap. II. — Des caractères que doit réunir l'obligation contractée en vertu d'un *mandatum*.

Chap. III. — Des divers bénéfices accordés aux *mandatores*.

Chap. IV. — Extinction du *mandatum*.

CHAPITRE PREMIER

§ 1^{er}. — Définition du *Mandatum*.

Il ne faudrait pas croire, d'après une traduction littérale, que le *mandatum pecuniæ credendæ*, appelé par les auteurs mandat qualifié, ne peut avoir pour objet que le prêt d'une somme d'argent. Telle fut peut-être son application la plus fréquente et la plus usuelle, et nous aurons occasion de voir que certains textes visent spécialement les opérations faites par des banquiers; mais ce ne fut pas là, il faut bien l'avouer, sa fonction unique. — Dans un sens large, on peut dire qu'il y a *mandatum pecuniæ credendæ* chaque fois que sur mon ordre vous consentez à devenir créancier d'une personne déterminée dont je me rends ainsi garant de la solvabilité. Cette portée générale que l'on attribue à l'expression: *pecuniam credere*, ne doit pas nous surprendre, car si le plus souvent le mot *pecunia* est le synonyme de somme d'argent, il s'emploie aussi quelquefois pour désigner toutes les choses *in commercio*, c'est-à-dire toutes celles pouvant faire l'objet d'une obligation. D'ailleurs aucun doute ne saurait subsister sur ce point en présence des termes très explicites de la loi 222, D. L-16. *Pecunia nomine non solum numerata*

pecunia; sed omnes res, tam soli, quam mobiles; et tam corpora, quam jura continentur.

De notre définition il résulte que, pour qu'il y ait *mandatum*, il faut que l'obligation du mandant soit contractée exclusivement dans l'intérêt d'autrui et non pas dans son propre intérêt. Les Institutes, il est vrai, nous présentent plusieurs exemples où le mandat peut réaliser un mode de garantie personnelle, et c'est ce qui a lieu notamment lorsqu'il intervient dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire. — Deux des hypothèses prévues par le § 2 Inst. *de Mand.* nous montrent que le mandat, employé à l'usage dont nous parlons, pouvait rendre d'immenses services. C'est en effet grâce à ce procédé, que le fidéjusseur, qui priait le créancier d'agir d'abord contre le débiteur principal, pouvait se soustraire aux premières poursuites et se dispenser de faire l'avance de la totalité de la dette. Le mandat devient également un mode de cautionnement dans le cas où le débiteur délègue un tiers à son créancier, et tout en prenant à sa charge les risques de l'opération. La dette du débiteur se trouve éteinte par novation; mais comme sa libération n'est pas pure et simple, il n'en est pas moins tenu de payer, en vertu de l'ordre qu'il a donné, tout ce dont n'aura pu s'acquitter le délégataire. D'où il suit que c'est le paiement et non pas la stipulation novatoire qui a pour effet de décharger le débiteur originaire de son obligation. C'est du moins la remarque que fait le juriconsulte Paul dans le passage suivant: « *Tunc enim liberatur is qui debitorem delegat, si nomen creditor ejus consecutus, non cum periculo debitoris ab eo stipulatur* ». L. 45 § 7, D. XVII-1.

Cependant, dans ces diverses hypothèses, il n'y a pas à proprement parler *mandatum pecuniæ credendæ*, puisque l'obligation du mandant a été contractée en partie dans son intérêt personnel, et non pas seulement dans l'intérêt d'autrui.

Toutefois il est un cas où le mandat a beaucoup d'affinité avec cette forme de garantie personnelle dont nous avons donné au début la définition, c'est celui où il profite exclusivement à un tiers; par exemple, si je vous ai chargé de gérer les affaires de Titius, de lui acheter un fonds de terre ou de le cautionner (Inst. § 3, *de Mand.*). Peut-on dire que l'objet du mandat étant indifférent pour moi, je me trouve sans action contre le mandataire? Nullement! Car du jour où le mandat a reçu un commencement d'exécution, je deviens responsable vis-à-vis de Titius de la bonne administration de ses affaires dans lesquelles je me suis immiscé indirectement, et de ce que je vous ai donné l'ordre de les gérer je suis censé les avoir gérées moi-même.

Mais l'exemple classique du *mandatum pecuniæ credendæ* est celui qui nous est fourni par les §§ 5 et 6 aux Institutes, *de Mand.* Ainsi je charge Sempronius de prêter de l'argent à un de mes amis: l'ordre exécuté, deux personnes se trouvent engagées vis-à-vis du créancier, d'abord Titius qui est débiteur principal des sommes qu'il a reçues et moi-même qui suis obligé d'indemniser, le cas échéant, Sempronius de l'insolvabilité de ce dernier. En résumé le créancier se trouve armé de deux actions qu'il peut diriger contre deux personnes différentes: d'une part, l'action du contrat, ici l'action est *ex mutuo*, contre l'emprunteur; d'autre part, l'action *mandati contraria* contre

le répondant. Tel est le mécanisme très simple de cette forme de cautionnement qui fut fort en honneur à Rome et qui dut être employée fréquemment dans les opérations entre banquiers. Dans ce dernier cas, on peut dire que le mandat est une véritable lettre de crédit remise par le capitaliste à une personne déterminée pour en toucher le montant par l'entremise d'un correspondant étranger.

Les commentaires de Gaius trahissent l'hésitation qu'il y eut à admettre la validité d'un tel mandat. *Et adeo hæc ita sunt, ut quærat, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fœnerares.* (G. C. III, § 156). Ce mandat n'est pas valable, disait-on, parce qu'il n'intéresse que le mandataire à l'égard duquel il n'a d'autre valeur que celle d'un simple conseil : aussi le mandant ne doit-il encourir d'autre responsabilité que celle résultant de sa mauvaise foi ou de son dol. Les objections présentées contre cet étrange mandat dans lequel le mandant n'avait aucun intérêt personnel, ne manquaient pas de gravité. Cependant Gaius nous rapporte que l'opinion de Sabinus, qui soutenait la validité de ce contrat, a fini par l'emporter, sans doute à cause de la commodité pratique de ce genre de garantie personnelle. D'ailleurs il faut remarquer que le mandat, en notre espèce, profitait aussi au tiers avec lequel le créancier était chargé de contracter, en lui procurant un certain crédit. La meilleure preuve que ce contrat ne peut intervenir uniquement en faveur du mandataire, c'est que les textes ne font encourir aucune responsabilité au mandant qui s'est borné à recommander un genre d'affaires sans désigner individuellement le tiers co-contractant (l. 48, § 2, D. 17-1). Or si, comme nous

l'avons vu, le mandat conçu dans l'intérêt exclusif d'un tiers n'est pas dépourvu d'effet juridique, *a fortiori* doit-il en être de même, lorsqu'il intéresse à la fois un tiers et le mandataire. — Dans ces deux hypothèses le mandat, qui doit nécessairement précéder l'obligation principale, ne peut valoir par le seul consentement des parties et il faut certains faits d'exécution volontaire de la part du mandataire pour lui donner naissance.

Cette controverse nous indique la date de l'introduction de ce genre de garantie personnelle qui n'est le résultat que de l'extension du mandat ordinaire à d'autres fonctions que celle que ce contrat avait primitivement pour objet. Bien qu'admis assez tard, vraisemblablement au temps de Tibère et de Néron, époque vers laquelle écrivait Sabinus, ce mode de cautionnement fit de rapides progrès et devint bientôt d'un usage aussi fréquent que son aînée, la fidéjussion. Aussi deux titres, l'un au Code et l'autre au Digeste, traitent-ils concurremment de ces deux formes d'*intercessiones* qui se complètent l'une l'autre. (Dig. XLVI-1 Code VIII-41)

Dans la forme, la recommandation a beaucoup de ressemblance avec le mandat et, au fond, ces deux actes ont ceci de commun, c'est que, dans l'un comme dans l'autre, celui qui intervient le fait par pur dévouement et pour rendre un service d'ami. Mais il existe cette différence considérable entre les deux actes dont nous venons de parler, c'est que le mandat comporte l'intention réciproque de s'obliger tandis que de la recommandation il ne résulte aucune obligation à la charge du *suasor*. Toute la difficulté se ramène donc à une question d'intention que le juge

aura à trancher d'après les circonstances de la cause et conformément à l'équité (l. 12, § 12, D. *Mand.*).

Un simple avis, à moins qu'il n'ait été donné de mauvaise foi ou qu'il n'y ait eu dol, ne saurait non plus entraîner aucune part de responsabilité de celui qui le donne. Tel serait le cas, dit Gaius « où je vous mande de placer votre argent en fonds de terre plutôt qu'à intérêt, ou inversement de le placer à intérêt plutôt qu'en fonds de terre. Un mandat de ce genre est plus un conseil qu'un mandat : aussi n'est-il pas obligatoire, parce que personne ne peut être obligé par un conseil, alors même qu'il a été nuisible à celui qui l'a reçu ; car chacun est libre d'apprécier l'utilité du conseil qu'on lui donne » (l. 2, § 6, D. h. t.).

Le *mandatum pecuniæ credendæ* a plus d'affinité encore avec un autre acte, le *jussum*, avec lequel en fait il se confond souvent. Comme le mandat, le *jussum* qui émane du seul consentement n'a pas de forme déterminée ; en outre il présente cette particularité, c'est que sans prendre part au contrat dans lequel il n'a aucun intérêt, le *jubens* se trouve obligé par la simple exécution de l'ordre qu'il a donné. Cette ressemblance n'est qu'apparente ; car au fond ces deux actes produisent des résultats bien différents. Le *jussum* est l'autorisation donnée à un tiers de faire une opération dont les conséquences juridiques se réaliseront directement dans ma personne. Le co-contractant n'aura pas d'action contre le fondé de pouvoir qui a agi *alieno nomine* : il devra s'adresser au *jubens* qui est partie principale, parce qu'il est censé avoir parlé au contrat.

Il en est tout autrement dans la convention conclue

en conséquence d'un mandat ; l'action *ex mutuo*, si nous supposons un prêt, ne pourra profiter ou atteindre que les personnes qui réellement ont été présentes au contrat. Pour le *mandator*, il y a *res inter alios acta*, car il est resté étranger à l'opération ; il sera tenu, il est vrai, par une action subsidiaire, l'action *mandati contraria*, mais seulement à titre de caution. — Si, au contraire, le prêt a été réalisé sur mon *ordre*, l'emprunteur devient mon cocontractant, comme s'il avait reçu de ma main les deniers qui lui ont été remis en mon nom par le capitaliste. D'où cette conséquence que ce dernier n'ayant pas agi *suo nomine* ne pourrait exercer l'action *creditæ pecuniæ* contre le débiteur. — Aussi faut-il dire : *aliud jubere aliud mandare* (l.1, § 5, D. 15-4).

Malgré ces différences considérables, l'absence de toute forme déterminée dans le *jussum* et le *mandatum* amène une certaine confusion, d'autant plus que dans la pratique ces deux expressions sont souvent synonymes, bien qu'en droit elles aient chacune leur signification propre. Aussi dans le doute tout se ramène-t-il à une question d'intention qui, d'après Gide, devrait s'interpréter de la façon suivante : « Ai-je entendu vous charger de faire vous-même un contrat avec un tiers ? Ai-je voulu au contraire faire moi-même le contrat en vous chargeant simplement de fournir ou de recevoir la *res* à ma place ? Au premier cas, nous aurons un mandat, et au second un *jussum*.¹ »

Après ces explications, nous pouvons aborder l'étude des caractères originaux de cet étrange contrat qui ne devint un mode de cautionnement que

1. Voir Gide. *Novation*, p. 473 et note.

pour satisfaire aux besoins du moment et en dépouillant sa nature propre.

§ 2. — Nature du *Mandatum*

L'examen des caractères du *mandatum pecuniæ credendæ* est très important, car il nous permettra dès maintenant de connaître les traits communs que ce contrat a avec la fidéjussion et les différences qui l'en séparent. Voici d'ailleurs les signes distinctifs de ce mode de cautionnement.

1. *Le mandatum est un contrat.* — De ce que ce contrat, par une extension de la jurisprudence, a pu servir à garantir la dette d'autrui, il n'en a pas moins conservé tous ses caractères originares. D'où les conséquences suivantes :

1° Comme la fidéjussion, le *mandatum* peut être soumis à une modalité quelconque, c'est-à-dire être affecté d'un terme ou d'une condition (l. 6, § 1, D. *de fidej.*) ;

2° L'obligation du *mandator* est transmissible à ses héritiers ;

3° Le *mandatum* est au nombre des contrats de droit civil munis d'une action perpétuelle. Nous savons qu'au contraire une loi Furia, édictée dans un but politique, avait limité l'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* à deux années ;

4° Ici aucune restriction ne s'opposait à l'étendue de l'engagement des parties. En effet la loi Cornelia, qui visait les trois classes d'*adpromissores*, n'a jamais été appliquée au *mandatum*. Cette loi, voulant mettre un frein aux engagements trop fréquents de certains débiteurs, défendait que dans la même année une

personne pût cautionner le même débiteur envers le même créancier pour une somme supérieure à 20,000 sesterces (Gaius, C, III, § 124). Violées indirectement, ces prescriptions tombèrent en désuétude ; aussi s'explique-t-on facilement que le *mandatum*, dont la naissance fut postérieure à la loi Cornelia, ne devint l'objet d'aucune réglementation à ce sujet.

II. *Le mandatum est un contrat consensuel.* — Il a sa source dans le seul consentement des parties et, pour prendre naissance, il n'a pas besoin des formalités requises pour la fidéjussion. D'où il s'ensuit que ce mandat est valable de quelque manière qu'il se soit manifesté ; qu'il peut être exprès ou tacite et avoir lieu tant entre présents qu'*inter absentes*. De plus il présentait cet avantage très précieux qu'il était accessible à certaines catégories de personnes privées de l'usage de l'ouïe ou de la parole, les sourds et les muets.

Les textes renferment de nombreux exemples de mandat tacite, l. 53, D. *Mandati*. C'est ainsi que si je me porte fidéjusseur de Sempronius en sa présence, ce dernier est réputé avoir ratifié mes actes et m'avoir donné mandat d'intercéder pour lui, à moins que, ajoute la loi 6, § 2, D. h. t, je n'aie agi contre son gré, ou dans un but de libéralité ou comme gérant d'affaires. Dans ce dernier cas, je ne pourrai me servir de l'action de mandat, mais de celle de gestion d'affaires, s'il était prouvé que mon intervention a tourné à son profit. — Il se formerait ainsi une double série de mandats dans ce seul fait que Sempronius aurait souffert que je donnasse mandat à quelqu'un de lui ouvrir un crédit et il serait censé m'avoir autorisé à me porter *mandator* pour lui. C'est ce que

dit fort bien Ulpien dans la loi 18, D. h. t. *Qui patitur ab alio mandati, ut sibi credatur, mandare intelligitur*. L'*intercessio* est un acte tellement favorable pour celui qui est appelé à en profiter, qu'on doit toujours présumer que celui qui ne s'oppose pas à l'intervention est censé avoir donné un mandat tacite à cet effet.

Cependant si le *mandatum* peut être tacite, la preuve qu'il a été donné ou reçu et dans quelle mesure il a été donné, incombe à celui qui veut s'en prévaloir.

III. *Le mandatum est un contrat synallagmatique.* — De ce que le contrat est bilatéral, il résulte que l'action qui en découle est une action *bonæ fidei*. Les obligations réciproques des parties contractantes sont unies étroitement l'une à l'autre ; et il s'ensuit nécessairement que pour déterminer ce que le *mandator* doit au mandataire, il faudra examiner comment et jusqu'à quel point ce dernier a exécuté l'ordre qui lui a été donné. — Le juge ne se trouvera donc pas lié par la formule, comme dans la fidéjussion ; il aura des pouvoirs plus étendus et devra se prononcer *ex æquo et bono*, c'est-à-dire en tenant compte des différents usages, de la volonté présumée des parties ainsi que des diverses circonstances de fait qui ont suivi ou accompagné la conclusion du contrat (G. C. IV, § 61).

Les règles de l'équité et de la bonne foi rendent en ce sens l'obligation du *mandator* plus large que celle du fidéjusseur.

En effet l'engagement du fidéjusseur est contenu en entier dans les paroles solennellement échangées et il ne peut rien devoir en dehors de ce qui n'est pas

la conséquence directe et immédiate de son obligation.

Il en est tout autrement dans le contrat de mandat où le juge a des pouvoirs d'appréciation beaucoup plus étendus. C'est ainsi que le mandant serait obligé de rembourser non seulement les sommes prêtées par le créancier, mais encore de l'indemniser de tout le préjudice que lui aurait causé l'exécution du mandat. De ce principe il faut déduire cette conséquence : que même en l'absence de toute convention le mandant devra dans certains cas l'intérêt des sommes que le créancier a fournies au débiteur insolvable. Ainsi des intérêts seraient légitimement dus si le mandataire avait été lui-même obligé de contracter un emprunt *sub usuris*, ou s'il avait fait rentrer des capitaux productifs d'intérêts ou encore si les avances faites au débiteur l'avait privé d'un placement avantageux.

IV. *Le Mandatum est un contrat principal.* — S'il en est ainsi, c'est évidemment parce que, à l'encontre de la fidéjussion, le *mandatum* a un tout autre objet que celui du contrat qui lie le principal obligé. C'est là d'ailleurs une conséquence de ce fait que les deux obligations dérivent de deux causes différentes : le contrat de mandat et le prêt. En effet, dit très bien M. Accarias ¹, tandis que l'engagement du débiteur porte sur une somme prêtée, sur un prix de vente ou sur toute autre chose, le *mandator*, lui, ne s'oblige qu'à indemniser le mandataire du préjudice résultant de l'exécution du mandat.

De cette dualité d'obligation il résulte que s'il y a eu *litis contestatio* avec le *mandator*, l'engagement du

1. M. Accarias. *Précis de droit romain*, t. II, p. 549.

débiteur principal envers le créancier ne se trouve pas éteint *ipso jure*. Le *mandator* n'a fait qu'acquitter une obligation qui lui était propre et a laissé subsister celle du débiteur dont l'existence était indépendante de la sienne. Tellè est l'opinion du jurisconsulte Papinien. *Papinianus ait, mandatorem debitoris solventem, ipso jure reum non liberare: propter mandatum enim suum solvit et suo nomine* (l. 28 D. XVII-1).

Certes l'action *ex mutuo* du créancier pourra rester inefficace entre ses mains en vertu d'une exception; mais il ne s'ensuit pas moins qu'elle subsiste, puisque, même après la *litiscontestatio* ou le paiement par lui fait, le *mandator* peut se faire céder les actions du créancier et les exercer utilement contre le débiteur (l. 28, D. h. t.; l. 95; § 10, D. 46-3).

Inversement et en vertu des mêmes principes, la condamnation obtenue contre l'emprunteur n'a pas pour effet de libérer le *mandator* qui, contrairement à ce qui avait lieu avant Justinien en matière de fidéjussion, reste engagé *principaliter* vis-à-vis du créancier: aussi celui-ci peut-il, dans le cas où il n'aurait pas obtenu satisfaction complète du débiteur, agir efficacement contre le garant pour le surplus.

Au contraire dans le droit antéjustinien, si le débiteur, ainsi que nous l'avons déjà fait observer, paie soit volontairement soit après condamnation, le fidéjusseur ayant promis *idem*, son obligation périra faute d'objet. De ce qu'il y a unité d'obligation il en résulte que si le fidéjusseur poursuivi avant le débiteur, veut se faire céder les actions du créancier contre le principal obligé, il faudra que cette cession ait lieu avant tout paiement de sa part, car dans de telles

conditions celui-ci est censé plutôt avoir acheté la créance et en avoir acquitté le prix d'achat qu'avoir éteint l'obligation même.

L'empereur Justinien, en assimilant les fidéjusseurs aux *mandatores*, fit disparaître les conséquences rigoureuses résultant pour eux de l'unité d'obligation et désormais la libération tant de la caution que du débiteur principal ne résulta plus de la *litiscontestatio*, mais de la complète satisfaction obtenue par le créancier.

V. *Le Mandatum constitue un acte d'intercessio.* — *Lato sensu*, l'*intercessio* est tout acte par lequel on prend volontairement à sa charge la dette d'un tiers, soit en lui procurant une libération immédiate, soit en venant s'adjoindre ou s'associer à son obligation. Les formes de l'*intercessio* étaient aussi nombreuses que variées; les principales et les plus usuelles étaient l'*expromissio*, la *defensio pro alio*, l'*adpromissio*, le *pacte de constitut* et le *mandatum pecuniæ credendæ*.

Dans l'*expromissio* et la *defensio pro alio*, qui n'est qu'une variété de l'*expromissio*, il y a une substitution d'une obligation à une autre qui s'opère par changement de débiteur; l'*intercedens* prend la place de l'ancien débiteur qui se trouve ainsi libéré. Les commentateurs allemands disent alors que l'*intercessio* est *privative*. Au contraire dans le *pacte de constitut*, l'*adpromissio*, le *mandatum*, il y a seulement adjonction d'une obligation à une autre; l'*intercedens* s'engage à côté du débiteur principal et fournit ainsi une garantie nouvelle au créancier, l'*intercessio* est dite alors *cumulative*.

Remarquons toutefois que si ces différents actes font présumer l'*intercessio*, ils ne l'impliquent pas

nécessairement. Ainsi, le *mandatum* ne réalise pas une intercession lorsque le répondant s'oblige *in rem suam*, car le caractère essentiellement constitutif de l'*intercessio* est l'absence de tout intérêt personnel de la part de l'intervenant. — Inversement il pourrait y avoir *intercessio* en dehors des opérations juridiques dont nous venons de parler ; comme dans le cas des *mutui dationes pro aliis*, par exemple, où nous voyons une personne transmettre à un tiers le bénéfice d'une obligation qu'elle a en apparence contractée pour elle-même. — Dès lors la question de savoir quels étaient les différents actes qui en réalité constituaient une intercession, avait une importance pratique très considérable parce qu'il existait certaines catégories de personnes qui, bien que capables de contracter, ne pouvaient intercéder pour autrui. Aussi rechercherons-nous dans un paragraphe spécial quelles étaient les conditions exigées par la loi pour qu'il y ait intercession et en second lieu nous aurons à déterminer quelles personnes pouvaient se porter *mandatores*.

Du jour où le mandat avait été exécuté, il naissait à la charge du *mandator* une obligation subsidiaire à celle du débiteur principal, dont l'insolvabilité se trouvait ainsi garantie. Du caractère accessoire de cette obligation il résultait que le garant ne pouvait s'engager *in duriolem causam*, c'est-à-dire ni à plus ni à autre chose que le principal obligé. *Nec plus in accessione esse potest quam in principali re*, dit Gaius C. III, § 126. Mais quelle était la sanction de cette restriction ? L'engagement du répondant était-il nul pour le tout ou simplement réductible ?

En matière d'*adpromissio*, on décide généralement,

bien que la question soit très controversée, que l'obligation de la caution, contractée dans de telles conditions, n'est pas valable et ne peut produire aucun effet juridique. — Cette solution que nous rencontrons dans de nombreux textes était la conséquence du vieux formalisme romain qui exigeait pour la validité de la promesse accessoire que la formule de celle-ci fût calquée sur celle de la promesse principale. — On devrait donc considérer comme non avenu l'engagement du fidéjusseur promettant 100 alors qu'il n'est dû que 50 *principaliter*, ou s'engageant *pure* alors que la dette principale est soumise à un terme ou à une condition (L. 8, § 7, D. 46-1). En résumé la promesse du garant pouvait bien être moins étendue que celle du débiteur, mais elle ne pouvait, à peine de nullité, être faite *in duriores causam* ou porter sur un tout autre objet. — Le juge, restreint dans les termes étroits de la formule, était dans l'impossibilité absolue de tenir aucun compte de la volonté présumée du fidéjusseur, et de supposer, par exemple, que celui-ci, en contractant *in duriores causam*, n'avait voulu s'engager que jusqu'à concurrence de l'obligation principale.

Les pouvoirs du juge, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, seront beaucoup plus larges pour apprécier les obligations qui ont pu résulter du *mandatum*; il pourra, lorsqu'il y aura contestation sur l'étendue du mandat, s'enquérir de la véritable intention du commettant et se prononcer selon les règles de l'équité. — C'est dans cet ordre d'idées que les textes décident que, si le mandataire s'était écarté des limites de son mandat, l'obligation du commettant ne serait pas nulle, mais devrait seulement être réduite

dans la mesure tracée par la convention de mandat. Ainsi dans le cas où vous auriez cautionné Titius pour 100 alors que je vous aurais mandé de le cautionner pour 50, vous auriez l'action *mandati contraria* contre moi. En effet le mandat se trouvera rempli, surtout si l'on suppose que vous avez entendu prendre le surplus à votre charge. *Nam usque ad eam summam, in quam rogatus erat, fidem ejus spectasse videtur, qui rogavit* (l. 33, D. 17-1).

Le mandataire sera obligé, à peine de nullité, de se renfermer strictement dans les limites du mandat, si l'objet du contrat est restrictivement déterminé, *quotiens certum mandatum sit*. Mais le mandataire ne serait pas censé avoir fait autre chose que ce dont il était chargé quand, en l'absence de tout intérêt du mandant à une exécution différente, le but recherché a été atteint par des actes équivalents (l. 46, D. 17-1).

Scævola nous cite une espèce très intéressante qui vient confirmer la distinction établie par la loi 46. Voici en substance ce que renferme le texte en question (l. 62, § 1, D. h. t.) : je vous écris de vous porter fidéjusseur de Publius Mœvius auprès de Sempronius, me rendant garant de sa solvabilité. La question est de savoir si, au lieu de vous porter fidéjusseur, vous donnez mandat à Sempronius de prêter à Mœvius, vous aurez dans ce cas l'action de mandat contre moi. Le jurisconsulte répond affirmativement, car le mandat est valablement rempli puisque le débiteur a obtenu par l'intermédiaire du mandataire le crédit que je désirais lui faire obtenir.

En général dit fort bien M. Molitor, l'intérêt du mandant est la règle d'après laquelle il faut décider si

le mandat peut ou non s'exécuter par acte équipolent¹.

§ 3. — Des personnes qui peuvent s'engager comme
Mandatores.

En général toute personne capable de s'obliger par un contrat peut se porter *adpromissor* ou *mandator*, c'est-à-dire peut s'engager dans l'intérêt d'autrui. Cependant ce principe reçoit quelques restrictions importantes; elles concernent:

1° Les militaires à qui il est défendu d'intercéder pour les fermiers des impôts publics;

2° Les ecclésiastiques qui ne pouvaient intercéder que dans les causes publiques afin, dit la novelle 123, que des préoccupations extérieures ne vinssent pas les troubler dans l'accomplissement de leur saint ministère. *Ut non per hanc occasionem et sanctis domibus damnum fiat, et sacra ministeria expediantur.*

Mais il existe encore deux classes importantes de personnes qui ne peuvent intercéder, ce sont les esclaves et les femmes :

3° On sait que si l'esclave peut stipuler pour son maître, il lui est impossible de promettre pour lui et de compromettre par cette voie le patrimoine du *dominus*, car l'esclave qui peut devenir un instrument d'acquisition pour le maître, ne saurait être pour lui une cause d'appauvrissement.

Toutefois si l'engagement du *servus* n'a pas de valeur aux yeux du droit civil, il n'en renferme pas moins une obligation naturelle qui, comme nous le verrons, pourra former la base d'une *intercessio* va-

1. Molitor. *Traité des obligations en droit romain*, t. II, p. 123.

lable. — *Ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur; sed naturaliter et obligantur et obligant* (l. 14, D. 44-7).

Pendant longtemps la promesse de l'esclave fut considérée invariablement comme un simple pacte dénué de tout effet juridique; et il faut arriver à l'époque où furent créées les actions *de peculio*, *quod jussu*, etc., pour voir l'obligation du *servus* sanctionnée dans certains cas par le législateur. Ainsi lorsque l'esclave, empruntant la capacité juridique de son maître, a agi sur l'ordre de celui-ci, le *dominus* sera tenu *in infinitum*, comme s'il eût parlé lui-même au contrat. *Vox servi tanquam vox domini*. — Le préteur faisait encore fléchir les règles rigoureuses du droit civil lorsque le maître donnait à son esclave la direction et l'administration d'un pécule. — Les tiers qui contractaient avec cet esclave pouvaient agir directement contre le maître par l'action *de peculio* et le faire condamner dans les limites des pouvoirs tacites qu'il avait conférés à son esclave, c'est-à-dire jusqu'à concurrence du pécule. Mais bien que le maître ne soit engagé que dans une certaine limite, le *servus* dont la personne avait figuré au contrat ne se trouvait pas moins obligé naturellement pour la totalité de la dette. — Du contrat résultait deux obligations distinctes: l'une, celle du *dominus*, restreinte aux forces du pécule, mais par contre munie d'une action; l'autre, celle de l'esclave, plus large mais dépourvue de toute sanction civile.

Cependant il est à remarquer que le sort des deux dettes, née du même fait juridique, pouvait être différent, puisque, ainsi que le fait très bien observer Machelard, « les événements qui modifiaient ou étei-

gnaient l'une d'elles restaient sans influence quant à l'autre¹. » Ainsi malgré que l'action *de peculio* ait été intentée contre le maître, malgré qu'il y ait eu *litiscontestatio* avec ce dernier, une obligation pourrait valablement accéder à l'obligation née en la personne de l'esclave: *Quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videbitur, in litem translata non est* (l. 50, § 2, D. 15-1).

Bien plus, ajoute Papinien, le paiement fait par le *servus*, après son affranchissement, serait valable et ne pourrait pas faire l'objet d'une action en répétition, car la *litiscontestatio* qui a eu pour effet de nover la dette du maître, a laissé subsister celle de l'esclave qui, nous l'avons dit, est complètement indépendante de la première. — Mais fût-il muni d'un pécule, l'esclave ne pourrait *intercedere* et se porter *mandator*, à moins qu'il n'ait agi *ex causâ dominicâ vel causâ peculiari*. Hors ces deux cas, son obligation était frappée d'une nullité radicale et absolue (l. 3, § 5, D. 15-1).

Cette distinction est très bien établie par la loi 19, au Digeste, *de fidejussoribus*. — Ou l'esclave a contracté *ex causâ peculiari*, par exemple, en se portant fidéjusseur ou *mandator* d'un tiers chargé d'accomplir un acte utile à la bonne administration du pécule, le maître ne peut alors répéter ce qui aurait été payé en vertu de cet engagement. — Ou au contraire le *servus* est intervenu pour une cause étrangère au pécule, *extra causam peculii fidejusserit*, le maître dont le préposé a excédé les pouvoirs qui lui avaient été confiés, pourra répéter par voie de *condictio* tout ce

1. Machelard. *Des obligations naturelles en droit romain*, p. 164.

qui est sorti du pécule à cette occasion (ll. 19 et 20, D. 46-1).

4° La même prohibition frappe les femmes qui ne peuvent s'obliger pour autrui ou, comme le disent les textes, *intercedere*. Cette défense était contenue dans le sénatus-consulte Velléien qui paraît avoir été rendu sous le règne de Claude, au premier siècle de l'ère chrétienne. Ce sénatus-consulte, si nous l'en croyons, est venu légitimer une jurisprudence ancienne remontant aux édits d'Auguste et de Claude qui défendaient aux femmes d'intercéder en faveur de leurs maris. *Ità jus ante dictum esse videtur*.

Les dispositions de ces édits, qui avaient pour but de mettre les femmes mariées à l'abri d'influences auxquelles elles auraient peut-être eu grand peine à se soustraire, furent étendues par la jurisprudence à toute espèce d'*intercessio* en faveur d'un tiers fournie par une femme mariée ou non. — Cette tendance de la pratique à protéger plus efficacement la femme contre ses entraînements irréfléchis ou la faiblesse de son sexe se conçoit très facilement à une époque où celles-ci sorties de puissance pouvaient, au moyen d'un mariage *per coemptionem* et d'une vente, échapper à la tutelle de leurs agnats, en se faisant donner un *tutor fictitius* de leur choix, et se placer en quelque sorte, comme le fait remarquer fort judicieusement Cicéron, sous leur propre tutelle.

Sous le règne de Claude, cette tutelle perpétuelle des femmes fut abolie et tout porte à croire que ce sénatus-consulte eut pour but de remplacer dans une certaine mesure l'institution qui venait de disparaître.

Ce sénatus-consulte était un moyen d'assurer, non seulement dans l'intérêt des femmes, mais aussi dans

l'intérêt de l'État, la conservation d'une fortune suffisante afin que celles-ci pussent, ainsi que le désiraient toutes les lois de l'époque, contracter mariage. — De plus le législateur qui avait une tendance à empêcher une trop fréquente ingérence de la femme dans les affaires civiles, devait à plus forte raison lui interdire l'*intercessio* qui rentrait dans les *officia virilia* (l. 1, § 1, D. 16-1).

La capacité de la femme était de droit commun, elle pouvait s'obliger et disposer de ses biens, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, comme elle l'entendait. Le Velléien n'avait pas pour objet de préserver la femme contre les aliénations dont il lui est facile dès maintenant apprécier les conséquences, mais seulement de la mettre en garde contre certains engagements pour autrui dont elle peut ignorer toute la portée. Il était à craindre, en effet, que trop confiante dans la solvabilité du tiers qu'elle cautionnait et espérant ne subir aucune perte dans son intervention, elle ne se laissât trop facilement circonvenir à rendre un service, sans réfléchir peut-être au préjudice éventuel qui pourrait la frapper.

Dans le même sens que la loi Julia qui laissait à la femme la faculté d'aliéner ses immeubles dotaux, alors qu'elle ne lui permettait pas de les grever d'hypothèque, le Velléien était une mesure de protection contre leur inaptitude aux affaires et leur crédulité.

L'incapacité de la femme en matière d'intercession était générale, et tout acte de sa part, lorsqu'il était contraire aux dispositions du sénatus-consulte, se trouvait frappé d'une nullité absolue. *In omni genere negotiorum et obligationum, tam pro viris*

quam pro feminis, intercedere mulieres prohibentur.

La loi qui interdit les *intercessiones*, c'est-à-dire les engagements pour autrui, les prohibe non seulement lorsque ces engagements, ainsi que nous l'avons dit, se manifestent par des actes extérieurs en venant ostensiblement s'adjoindre à une obligation principale mais même encore lorsqu'ils se cachent sous les apparences trompeuses d'une obligation personnelle. « L'intercession peut revêtir les formes les plus variées, dit M. Gide, et pour savoir si un acte contient ou ne contient pas d'intercession, il ne faut point s'arrêter à la forme, il faut pénétrer jusqu'au fond même de l'acte et découvrir, par l'analyse, s'il réunit en lui tous les éléments constitutifs de l'intercession prohibée ¹. »

Le sénatus-consulte est formel sur ce point et il s'applique *ad fidejussores et mutui dationes pro aliis quibus intercesserint feminæ* (l. 2, § 1, D. 16-1). C'est ainsi qu'on devrait considérer comme une véritable intercession l'obligation que la femme contracterait en apparence pour elle-même, mais dont elle se réserverait de faire passer le bénéfice à un tiers. — On se trouverait donc en présence d'une *mutui datio pro alio* dans cette hypothèse : Primus a besoin d'argent ; mais soit qu'il ne veuille aller trouver le futur créancier, soit que celui-ci lui ait refusé tout crédit, une femme intervient à sa place et reçoit de l'*argentarius* les deniers qu'il remet ensuite à Primus (l. 29, pr. D. 16-1). C'est ce genre d'*intercessio* qui se déguise sous les formes d'un engagement permis à la femme que le sénatus-consulte a principalement pour but de rechercher et de combattre.

1. Gide. *Etude sur la condition privée de la femme*. Edit. revue par M. Esmein, p 156.

Notons toutefois que cette obligation ne serait frappée de nullité qu'autant que le créancier aurait eu connaissance de la destination des deniers, car voulant trop protéger la femme le sénatus-consulte aurait rendu illusoire sa capacité dans ses rapports avec les tiers. — Aussi est-il essentiel de connaître les différents éléments qui font de l'engagement de la femme un acte d'intercession. Ces éléments sont au nombre de trois, nous allons les examiner rapidement.

a. *Il faut que la femme s'oblige.* — La condition essentielle est que la femme contracte une obligation, c'est-à-dire fasse naître un rapport juridique entre elle et le créancier. Donc celui qui sans s'obliger, dit M. Molitor, fait un sacrifice pour autrui, ne fait pas un acte d'intercession.

C'est ainsi que la femme pourra valablement vendre sa propre chose pour payer la dette d'autrui, faire une *datio in solutum*, car le sénatus-consulte ne défend pas l'aliénation en faveur d'autrui, mais seulement l'obligation pour autrui.

Ce que le législateur romain a voulu empêcher, ce n'est pas un appauvrissement actuel et immédiat de la femme, ni un dépouillement irrévocable de sa part au profit d'autrui, il a voulu seulement la prémunir contre certains engagements irréfléchis qui malgré elle auraient pu l'entraîner à sa ruine. — Mais si dans un but de libéralité la femme se dessaisit *hic et nunc*, le sénatus-consulte ne s'applique plus, parce que, dit Ulpien, « *senatus enim obligatæ mulieri succurrere voluit, non donanti; hoc ideo quia facilius se mulier obligat quam alieni donat.* » L. 4, § 1. D. XVI-1.

b. *La femme doit prendre à sa charge l'obligation*

d'un tiers, à la suite d'une convention conclue avec le créancier de la personne pour laquelle elle intervient. — Il est certains actes qui, passés dans l'intérêt d'un tiers, paraissent de prime abord renfermer une *intercessio*, mais qui en réalité ne tombent pas sous l'application du Velléen, parce que l'obligation que la femme a contractée n'était pas l'obligation d'autrui, *alienam obligationem*. — C'est ainsi, dit Ulpien, que si une femme prie le tuteur de son fils de ne pas vendre les *prædia urbana*, appartenant à son pupille, lui promettant de l'indemniser dans le cas où sa responsabilité serait engagée, cette intervention de sa part ne pourrait pas être considérée comme un acte d'intercession (l. 8, § 1, D. XVI-1). — En effet la mère, en notre espèce, ne se charge pas de l'obligation d'un tiers ; elle contracte bien, il est vrai, une obligation auprès du tuteur, mais non les obligations de ce tuteur auprès du pupille. — C'est donc une obligation nouvelle qui a pris naissance en sa personne. *Nul- lam enim obligationem recepit mulier neque veterem, neque novam, sed ipsam hanc fecit obligationem.*

Il faut de plus que l'obligation de la femme dérive d'une convention passée entre elle et le créancier, car en l'absence de toute convention avec ce dernier l'engagement par lequel la femme prend à sa charge l'obligation d'autrui, est impuissant à produire une intercession. *Aliquando*, dit Gaius, *licet alienam obligationem suscipiat mulier, non adjuvatur hoc senatus-consulto* (l. 13, pr. D. XVI-1).

Nous trouvons dans les textes de nombreux exemples qui viennent confirmer ce que nous avançons. Ainsi notamment l'addition d'hérédité, qui rend l'acceptant responsable de toutes les dettes de la succes-

sion, constituera ou non un acte d'intercession, selon que la femme aura agi de son plein gré ou à l'instigation des créanciers héréditaires (l. 32, pr. D. XVI-1). Mais si c'est au contraire la femme qui, sur les hésitations d'un héritier, l'engage à accepter, lui promettant de payer tout ce qu'il n'aurait pu obtenir des débiteurs de l'hérédité nous rencontrons évidemment dans cette obligation tous les caractères de l'intercession : aussi la femme pourra-t-elle invoquer l'exception du sénatus-consulte pour repousser l'action *mandati contraria* du créancier. En effet la femme garantit la dette d'un tiers (les débiteurs) envers le créancier (l'héritier) : aussi aura-t-elle le droit d'exciper du sénatus-consulte pour repousser l'action *mandati contraria* du créancier. Telle est d'ailleurs la solution qui nous est fournie par Africain dans la loi 19, § 4, D. XVI-1.

c. La femme doit s'engager non seulement pour autrui mais aussi dans l'intérêt d'autrui. — En effet toutes les fois que la femme à un titre quelconque retire un avantage de son intervention, toutes les fois que son intérêt personnel est en jeu, elle ne peut être réputée faire l'affaire d'autrui. *Quia mulier suum negotium gessit* (l. 27, § 2, D. XVI-1). « Les juristes formulent d'ordinaire cette maxime, ainsi que le fait remarquer Gide, en disant que la femme est liée toutes les fois qu'elle a reçu le prix de son intervention ¹. »

Les textes renferment de nombreuses applications de cette idée ; nous n'en citerons que quelques-unes.

C'est ainsi que la femme qui, en vue de sa libération personnelle, s'oblige envers le créancier en pre-

1. Gide. *Etude sur la condition privée de la femme*. Edition revue et augmentée par M. Esmein, p. 158.

nant à sa charge les risques de l'insolvabilité du débiteur qu'elle délègue, ne fait pas un acte d'intercession parce que sa libération future a été la cause de son engagement (l. 27, § 2, D. XVI-1). Tout *mandatum* du même genre, donné par la même dans son propre intérêt, a pour effet de la soustraire à la protection du Velléien, malgré qu'en apparence on pourrait croire qu'elle est intervenue pour autrui. Pour les mêmes raisons la femme qui, déléguée par son créancier, s'oblige auprès du délégataire, ne fait pas acte d'intercession, puisque l'extinction de la première créance a été le prix de son nouvel engagement (l. 24, pr. D. h. t.).

Nous pourrions donner une foule d'autres exemples ; qu'il nous suffise de citer en dernier lieu celui qui est rapporté par Paul dans la loi 3, D. h. t. « *Sed si cum defendat*, lisons-nous dans cette loi, *qui damnatu regressum ad eam habeat (veluti cum venditorem hereditatis sibi venditæ, fidejussorem suum defendat), intercedere non videtur.* »

Il s'agit dans notre espèce d'une femme venant défendre l'héritier qui lui a vendu sa part d'hérédité ou son fidéjusseur. Ici l'intérêt de l'intervenant est évident, car il prend à sa charge une dette qui, en réalité, est sienne et à laquelle il ne pourrait échapper malgré les poursuites exercées contre l'héritier ou la caution. Ceux-ci en effet n'auraient rien à supporter en définitive puisqu'ils auraient un recours pour se faire indemniser par elle du préjudice résultant de la condamnation. Il y donc dans l'intervention de la femme un acte à la fois de pure honnêteté et de bonne prévoyance.

Lorsque toutes les conditions dont nous venons de

parler coexistaient il y avait *intercessio* ; l'engagement de la femme se trouvait alors frappé d'une nullité si absolue qu'à cette occasion aucune obligation naturelle ne prenait naissance. La possibilité d'une fidéjussion venant fortifier la dette principale est l'indice certain de l'existence de l'obligation naturelle. Or ici, nous dit Julien dans la loi 16, § 1, D. 16-1, le fidéjusseur, dont la promesse sera aussi inefficace que celle de la femme qui a intercedé, pourra par l'exception du sénatus-consulte se soustraire complètement aux poursuites du créancier, *quia totam obligationem senatus improbat*. Gaius nous indique la même solution relativement à la validité de l'hypothèque, ce qui prouve bien que l'engagement de la femme à l'encontre du sénatus-consulte n'était pas susceptible de produire une obligation naturelle (l. 2, D. XX-3). C'est pourquoi la femme pouvait, en tout état de cause, même après la condamnation prononcée contre elle, arguer de la nullité de son obligation et invoquer la protection du Velléien. L'exception avait pour but de faire disparaître la dette, de sorte que si ayant payé dans l'ignorance de la loi, elle aurait une *condictio* pour répéter ce qu'elle a ainsi payé sans cause¹.

D'ailleurs, lorsque la femme se porte *mandator*, le créancier est d'autant moins fondé à se plaindre qu'il s'est exposé au préjudice par lui souffert en se mettant de son plein gré en contradiction avec le sénatus-consulte. Il ne faut pas oublier, en effet, que le *mandatum* n'étant obligatoire pour les parties que du jour de l'exécution bénévole du mandataire, il appar-

1. Voir Gide, *loc. cit.* p. 160. Maynz. *Cours de droit romain*, t. II, § 265.

tenait à ce dernier de ne pas faire naître à son profit l'engagement de la femme.

Il en serait autrement si la femme avait fait un paiement volontaire ; car bien qu'il lui soit défendu de s'obliger, elle peut tout au moins valablement aliéner. Or quand elle acquitte spontanément la dette d'un tiers, « il n'y a plus, dit fort bien Machelard, aucune surprise à craindre, aucune irréflexion à réparer. La femme savait parfaitement ce qu'elle faisait ; elle était à même d'apprécier les conséquences de l'acte auquel elle consentait. On lui laissait toute liberté de diminuer son patrimoine, quand elle ne pouvait se faire illusion sur cette diminution ¹ ».

C'est la solution qui nous est donnée par Ulpien dans la loi 8, § 5, D. h. t., *etsi pecuniam numerasset, cessaret senatus-consultum: non quæ deminuit, restituitur*.

La défense faite à la femme d'intercéder recevait dans la pratique de nombreuses limitations ; nous avons déjà indiqué quelques exceptions relatives aux engagements contractés par elle *animo donandi* ou *in rem suam*. Il y a encore quelques cas où le sénatus-consulte cesserait de s'appliquer ; par exemple, s'il n'y avait pas eu de dol de la part de la femme, car la position de celle-ci est bien peu digne d'intérêt lorsqu'elle compte sur la protection du Velléen pour tromper la bonne foi des tiers. *Infirmetas enim fæminarum, non calliditas, auxilium demit*, lit-on dans Ulpien l. 2, § 3, D. XVI-1 ; l. 30 pr. D. h. t.

1. Machelard. *Traité des obligations naturelles*, p. 279.

CHAPITRE II

DES CARACTÈRES QUE DOIT RÉUNIR L'OBLIGATION CONTRACTÉE EN VERTU D'UN MANDATUM.

Comme toute *intercessio* le mandat, à raison de son caractère accessoire, ne peut se comprendre sans l'existence d'une obligation principale qu'il garantit et dont il dépend. Il importe donc de connaître quelle devra être la nature de l'engagement du débiteur pour pouvoir faire l'objet d'un *mandatum*.

I. *L'obligation contractée sur l'ordre du mandator doit être future.* — Le *mandatum pecuniæ credendæ*, la lettre de crédit, comme l'appelle M. Molitor, doit nécessairement précéder l'ouverture de crédit. En effet le *mandator* n'est obligé qu'autant qu'il a pris l'initiative de l'obligation et que c'est sur sa recommandation que le mandataire a consenti à contracter avec le débiteur. Sa responsabilité est engagée parce qu'il est à croire que, sans son ordre, le mandataire n'aurait pas consenti à devenir créancier de la personne à lui indiquée. Mais cette présomption cesse toutes les fois que de son propre chef le créancier a établi des liens d'obligation entre lui et le débiteur qui lui est plus tard recommandé par le *mandator*. On ne peut pas dire que le mandataire a déferé à l'ordre de ce dernier, mais

plutôt qu'il a prévenu un de ses désirs. Telle est la décision que l'on rencontre dans la loi 12, § 14, D. XVII-1. Si je mande à une personne, dit en substance Ulpien, de prêter une certaine somme à Primus, et que de son plein gré le créancier ait effectué ce prêt, ce mandat est nul et de nul effet.

Toutefois le même jurisconsulte nous donne dans la même loi un exemple d'un *mandatum* valable né à l'occasion de dettes préexistantes. Une dette est à terme et le créancier est sur le point de poursuivre le remboursement de sa créance. Une personne se présente et donne mandat au créancier d'accorder une prorogation de délai au débiteur, lui promettant de prendre à sa charge les risques de l'insolvabilité de ce dernier. L'ancienne obligation subsiste, mais elle a été rajeunie par les modifications dont le *mandator* a été l'instigateur, modifications qui forment en quelque sorte l'objet d'une obligation nouvelle dont il se porte garant. C'est là une des nombreuses différences qui séparent le *mandatum* de la fidejussion, laquelle peut suivre ou précéder la naissance de l'obligation principale. *Adhiberi autem fidejussor tam futuræ quam præcedenti obligationi potest* (l. 6, § 2, D. XLVI-1).

Le *mandatum* étant toujours fourni pour une dette future, il est de toute évidence que le garant n'est obligé qu'à partir du moment où l'obligation principale a pris naissance, c'est-à-dire du jour de l'exécution du mandat. C'est ainsi que toute obligation conditionnelle contractée en vertu d'un mandat soumet, sous peine de nullité, celui-ci à la même modalité, car autrement l'obligation accessoire serait contractée *in duriores causam*.

Il résulte de ces principes que si le mandant, pour

garantir son propre cautionnement, avait consenti une hypothèque au futur créancier, celle-ci n'aurait pas d'effet rétroactif et ne prendrait rang que du jour de la naissance de l'obligation principale. Il s'ensuit donc que le cautionnement et l'hypothèque qui ne peuvent exister isolément, seront intimement liés à la naissance et à la validité de l'obligation principale et ne pourront évidemment produire d'effets qu'à dater de l'existence de celle-ci¹.

C'est du reste ce que vient confirmer un texte de Gaius, l. 11, pr. D. 20-4. « Celui-là, dit-il, est préféré sur la valeur de la chose qui a le premier prêté l'argent et reçu l'hypothèque, bien que par une convention antérieure le propriétaire ait engagé sa chose à un autre pour le cas où il recevrait de lui telle somme ; et il importe peu qu'il l'ait ensuite reçue, car après tout il était libre de ne point recevoir la somme promise. » Ainsi nous pouvons supposer que dans notre espèce Titius ait mandé à Sempronius de prêter 100 à Séius et lui ait fourni une hypothèque comme garantie de sa propre obligation. Avant la réalisation du prêt, Titius consent une autre hypothèque sur le même immeuble ; quelle est celle de ces deux sûretés réelles qui devra l'emporter sur l'autre ? C'est évidemment cette dernière, car ici le cautionnement et l'hypothèque dont l'existence est future (et il en est toujours ainsi en matière de *mandatum*), ne peuvent avoir des effets plus étendus que ceux de l'obligation principale dont ils sont l'accessoire.

La solution serait différente dans le cas où un fidéjusseur et une hypothèque auraient été fournis postérieurement à la formation d'une obligation contractée

1. Voir Molitor *loc. cit.* p. 370.

sous condition, alors même qu'avant l'événement de cette condition un autre créancier aurait reçu purement et simplement une hypothèque sur la même chose. En effet l'obligation du débiteur ayant dans cette hypothèse une existence conditionnelle produira ses effets rétroactivement; or, comme l'accessoire doit nécessairement suivre le sort du principal, l'hypothèque prendra rang à la date de sa constitution et non pas au jour où la condition s'est accomplie.

Ce que nous venons de dire en dernier lieu ne saurait s'appliquer au *mandatum* qui précédera toujours l'obligation principale puisque celle-ci ne prendra naissance que par l'exécution de l'ordre donné.

II. *L'obligation principale doit être valable.* — Il en est du mandat comme de tout autre contrat: son but doit être licite et honnête. C'est ainsi que celui qui aurait reçu mandat de commettre un délit resterait seul chargé de la conséquence de ses méfaits et n'aurait pas de ce chef d'action contre le mandant pour le contraindre à l'indemniser des diverses condamnations dont il a été l'objet. Toute société formée dans un but criminel et contraire aux lois demeure dépourvue de toute sanction civile et ne peut engendrer aucun lien d'obligation entre les contractants. *Cum flagitiosæ*, dit Gaius, *rei societas coita nullam vim habet* (l. 6, § 3, D. XVII-1; l. 70, § 4, D. XLVI-1).

Cependant le mandant sera parfois responsable au même titre que le mandataire des conséquences pénales du délit. — Aussi ne faut-il pas s'étonner si comme le fait observer Cujas¹, l'instigateur du meurtrier, à qui il a promis l'impunité, est frappé de la même peine que celui-ci (ll. 5 et 10, D. 9-2).

1. Cujas l. 9, C. 1376. let. E.

Bien plus, si l'objet du mandat ne contient rien d'illicite en lui-même, il peut se faire cependant que le motif qui l'a dicté, s'il est honteux, puisse invalider le contrat à l'égard de toutes les parties. La loi 12, § 11, D. XVII-1, renferme un exemple qui vient corroborer ce que nous avançons : aussi nous suffit-il de la transcrire littéralement : *si adolescens luxuriosus mandat tibi, ut pro meretrice fidejubeas, idque tu sciens mandatum suscipieris, non habebis mandati actionem: quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed et si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit*. Il faut bien le remarquer, ce texte, pour infirmer le contrat, exige cette condition : c'est que le créancier ait pu savoir qu'il versait les deniers entre les mains d'une prostituée et qu'il favorisait ainsi les mauvaises passions de l'adolescent, *sciens mandatum*. Si le mandataire a pu ignorer cette particularité, il sera bien fondé à exercer l'action du mandat.

Ce que nous venons de voir n'est qu'une application de la règle que l'accessoire suit le sort du principal ; or, il est bien évident qu'en l'absence de toute obligation principale, l'engagement du *mandator* ne saurait prendre naissance, car on ne peut cautionner quelque chose qui n'existe pas.

Il est inutile d'insister sur ce point, car la question n'offre aucune difficulté ; nous nous contenterons seulement de citer quelques espèces qui mettront bien en relief notre pensée. C'est ainsi, dit Paul, que la stipulation faite sous une condition impossible ne peut être valablement garantie (l. 29, D. 46-1).

De même celui qui a reçu mandat de contracter avec un fou ou un interdit, s'il a eu connaissance des causes d'incapacité de ces derniers, n'aura aucune action tant contre ceux-ci que contre le mandant, car l'une et l'autre de ces deux obligations sont frappées d'une nullité radicale et absolue (l. 70, §4, D. h. t).

Inversement on peut dire que la responsabilité du *mandator* est engagée toutes les fois que le contrat passé avec le débiteur principal est valable.

Cependant ce principe général reçoit une exception qu'on nous est signalée par M. Molitor¹. Aux termes d'une constitution de Gratien et de Valentinien, il fut défendu aux femmes de recevoir un fidéjusseur pour garantir la restitution de leur dot lors de la dissolution du mariage (ll. 1 et 2, C. 5-20) La même prohibition fut étendue par Justinien à toute espèce de cautionnement et notamment au *mandatum* parce que, dit ce prince *si enim credendam mulier sese, suamque dotem patri mariti existimavit*. En outre l'ingérence de ce tiers dans les affaires du ménage aurait pu parfois devenir une cause de scandale et de désordre.

Mais il en serait tout autrement dans le cas où la promesse d'une constitution de dot serait faite par un tiers au mari; cette obligation serait valable et elle pourrait sans conteste, aux termes du droit commun, servir de base à une intercession, car on ne saurait invoquer ici les mêmes motifs que dans les lois précédentes (l. 55, D. 23-3 *de jure dotium*). Sauf cette exception, toute obligation valable, qu'elle soit civile ou naturelle, pourra devenir l'objet de ce mode de cautionnement. Notons toutefois que cette obligation doit procéder d'un contrat, quelle que soit

1. Molitor, *Traité des obligations*, T. II, p. 572.

d'ailleurs la forme de la convention qui lui a donné naissance, car la notion même du mandat implique chez le mandataire la volonté de se rendre créancier.

Nous voyons dans le droit romain de nombreux textes où il est question d'obligations naturelles, sans que nulle part on trouve une théorie spéciale et complète sur ce point. Malgré la controverse qui existe sur la matière, il est cependant un effet incontesté produit par toute obligation naturelle, c'est l'interdiction absolue de répéter, même dans le cas où le paiement aurait été fait par erreur. Ce refus de la *condictio indebiti* peut être considéré comme le signe le plus certain de l'existence de l'obligation naturelle, ou mieux encore, ainsi que le fait observer Machelard comme la pierre de touche de celle-ci (l. 16, § 4, D. XLVI-1). Il s'ensuit que si ce paiement, fait dans de telles conditions, n'est pas nul, l'engagement du *mandator*, qui a pour but d'en assurer l'efficacité, doit être valable. Nous examinerons donc quelques espèces où le *mandatum* pouvait s'adjoindre aux obligations dont s'agit.

1° *Pupilles*. — Nous devons rechercher si l'obligation d'un pupille peut faire l'objet d'un cautionnement. C'est se demander en d'autres termes si les engagements contractés par ce dernier, dans les cas où ils sont inefficaces aux yeux de la loi civile, n'en constituent pas moins des obligations naturelles.

Nous savons en effet que, d'après les principes généraux du droit, le pupille protégé ainsi contre son inexpérience et sa propre faiblesse, ne peut, d'aucune façon, en l'absence de *l'auctoritas* de son tuteur, rendre par un contrat sa condition pire. Cependant

l'équité exigeait que le pupille, dans le cas où il aurait retiré quelque profit de la convention passée avec le créancier, restât valablement tenu vis-à-vis de celui-ci dans la mesure de son enrichissement.

Cette distinction est bien établie par Ulpien dans la loi 5 pr. D. 26-8. Un contrat est intervenu entre un tuteur et son pupille; aucune obligation valable *jure civili* n'a pu se former à la charge de ce dernier. Toutefois le tuteur pourra avoir une action contre le pupille si celui-ci a retiré un profit quelconque de la numération des écus qui lui a été faite, car le but du législateur est de garantir l'intégrité du patrimoine du pupille et non de l'enrichir par des gains malhonnêtes. *Actionem, in quantum locupletior factus est, dandam*, ajoute le juriconsulte.

Mais si l'opération a été désavantageuse pour l'impubère, si en un mot il n'en a retiré aucun profit, son cocontractant n'aura aucune action contre lui pour obtenir l'exécution de son engagement. Mais tout au moins pouvait-il naître une obligation naturelle? Cette question présente de nombreuses difficultés en présence des divergences de textes; aussi a-t-elle été résolue bien diversement par les auteurs.

Nous voyons en effet un grand nombre de textes émanant des juriconsultes les plus connus: Paul, Papinien, Ulpien, etc., déclarer unanimement que l'impubère, qui a traité sans l'autorisation de son tuteur, est tenu *naturaliter*; en l'absence même de tout enrichissement.

Telle est la solution qui nous est donnée par la loi 95, § 2, D. XLVI-3. — Un prêt a été consenti à un pupille sans l'autorisation de son tuteur, puis le capitaliste devient l'héritier de son emprunteur: —

L'un des effets importants de cette adition d'hérédité est de faire considérer la dette comme éteinte à la suite d'un paiement. *Aditio hereditatis pro solutione cedit*. Le créancier pourra faire figurer au passif de la succession la dette en question et en prélever tout le montant sur les biens héréditaires alors même que le pupille ne se serait pas enrichi ; *in solidum creditum suum ex hereditate retinet*. Or ce droit du créancier de retirer *suum creditum* ne peut s'expliquer que si on admet l'existence d'une obligation naturelle ¹.

Cujas a prétendu que Papinien avait voulu simplement dire que l'héritier pourrait seulement réclamer à la succession *quanto locupletior facta erit*. Pour arriver à cette interprétation, il tronque le texte et remplace le mot *in solidum* par l'expression *in solutum*, ce qui rend l'explication de la loi presque intelligible.

Paul est tout aussi formel en ce sens (l. 21 pr., D. 35-2). Le jurisconsulte suppose l'hypothèse d'un pupille qui, à la suite d'un *mutuum*, est gratifié par le créancier d'un legs sous la condition de rembourser à l'hérédité la somme ainsi prêtée. Ce paiement fait volontairement aura pour effet, nous dit-il, d'éteindre l'obligation naturelle du mineur et il ne sera pas par conséquent soumis à la *condictio indebiti*.

Cette doctrine est pleinement confirmée par un autre texte de Papinien qui, en l'absence de tout enrichissement, admet l'existence d'une obligation naturelle née à la suite d'un *mutuum* contracté par le pupille (l. 25, § 1, D. XXXVI-2) ².

1. Voir Savigny. *Le droit des obligations*, traduit par MM. Gérardin et Jozon, t. I, p. 78.

2. Voir l. 42, pr., D. 12-2. Gaius, C. III, §§ 149-176.

D'autre part, nous trouvons deux décisions diamétralement opposées à celles que nous venons d'examiner. L'une d'elles décide que l'impubère peut répéter ce qu'il a payé lorsqu'il l'avait promis sans l'*auctoritas* de son tuteur, car, nous dit Neratius, il ne s'est même pas formé d'obligation naturelle (l. 44, D. 12-6).

Dans l'autre texte, Lucinius Rufinus s'exprime en termes non moins précis. *Pupillus, ait, mutuam pecuniam accipiendo, ne quidem jure naturali obligantur* (l. 59, D. 44-7).

Plusieurs systèmes sont en présence pour arriver à concilier ces textes contradictoires.

Suivant un système, il faudrait distinguer les cas où le contrat a été passé par un pupille *pubertati proximus* de ceux où celui-ci a agi alors qu'il n'était encore que *infantiæ proximus*. Les premières décisions, c'est-à-dire celles qui admettent l'existence d'une *naturalis obligatio*, s'appliqueraient à l'impubère *pubertati proximus* que seul elles auraient en vue, tandis que les textes de Rufinus et de Neratius viseraient exclusivement les contrats passés par les pupilles *infantiæ proximi*. Sans doute cette distinction est très logique, car il est impossible de déclarer obligé *naturaliter* celui à qui l'intelligence et la raison ne permettent pas d'apprécier encore la valeur de leurs actes juridiques. Malheureusement cette opinion, qui est exacte au point de vue délictuel, ne s'appuie sur aucun texte en ce qui concerne la matière des contrats. Il est probable que presque toujours l'impubère qui aura contracté seul avec le créancier sera *proximus pubertati*; mais il ne faut pas en conclure qu'en dehors de cette période d'incapa-

cité le pupille ne serait jamais tenu naturellement.

Le second système qui a pour lui l'autorité imposante de Cujas peut se formuler ainsi : là où il n'y a pas d'enrichissement, là ne saurait naître d'obligation naturelle à la charge du pupille. Le profit retiré par l'impubère serait en quelque sorte la cause qui produit et vivifie son obligation. L'expression *naturalis obligatio* devrait être entendue non pas au point de vue de l'efficacité de l'engagement, mais au point de vue seulement de son origine.

Cette distinction ne repose sur aucun fondement, d'autant plus que tous nos textes semblent bien se placer dans des hypothèses où il n'est nullement question d'enrichissement du patrimoine du pupille.

Aucune conciliation n'est possible, croyons-nous, car les décisions que nous venons d'examiner sont trop affirmatives en l'un et l'autre sens. Ce qui est certain, c'est qu'il y eut à Rome de grandes controverses sur ce point. Mais il nous semble que l'opinion si unanime des grands jurisconsultes classiques dut l'emporter sur celle de Neratius et triompher définitivement, parce qu'elle était plus conforme aux idées de justice et d'équité.

D'après Savigny ce résultat serait dû à l'extension aux impubères de l'*in integrum restitutio* qui servait à les préserver, le cas échéant, des dangers de la nouvelle situation qui leur était faite ¹.

Dès lors que l'engagement de l'impubère constitue une *naturalis obligatio*, il s'ensuit que si des fidéjusseurs ou des *mandatores* ont accédé à l'obligation de celui-ci, ils ne pourront échapper aux poursuites du créan-

1. Savigny. *Le droit des obligations*. Ouvrage traduit et annoté par MM. Gérardin et Jozon, t. I, p. 83.

cier, car ils ont pris à leur charge toute la responsabilité du contrat.

2° *Mineur de vingt-cinq ans.* — Supposons maintenant qu'un mineur de vingt-cinq ans ait obtenu le bénéfice de l'*in integrum restitutio* à la suite d'une lésion. Après la rescision du contrat, une action civile ne peut être intentée contre lui ; mais reste-t-il à sa charge une obligation naturelle ?

Nous avons vu plus haut que, d'après les jurisconsultes romains, le pupille qui contractait sans l'*auctoritas* de son tuteur était obligé civilement, lorsqu'il s'était enrichi, et *naturaliter*, dans le cas contraire. Aussi peut-on prétendre que, *a fortiori*, il naît une *naturalis obligatio* du contrat passé avec le pubère, lequel évidemment doit avoir une plus grande maturité d'esprit et une intelligence plus développée que le pupille.

Nous devons nous demander si les débiteurs accessoires pourront invoquer l'exception née en la personne du débiteur principal et se prévaloir à l'encontre du créancier de la restitution en entier. Les textes semblent contradictoires sur ce point ; aussi a-t-on essayé de les concilier à l'aide d'une distinction.

La question, d'après Ulpien, serait exclusivement réservée à l'appréciation du magistrat qui, dans une *causæ cognitio*, recherchera, dans les faits de la cause, lequel en bonne équité il doit sacrifier du fidéjusseur ou du créancier, *cui potius subveniat, utrum creditori an fidejussori* (l. 13, pr., D. 4-4).

Ou le fidéjusseur a eu connaissance de l'état de minorité du débiteur principal et s'est engagé précisément en prévision de cette restitution, le prêteur, nous dit Ulpien, devra alors s'abstenir de venir en

aide au débiteur accessoire (l. 7, § 1, D. XLIV-1).

Ou au contraire le fidéjusseur a ignoré le défaut d'âge de l'obligé principal, le prêteur pourra l'associer au bénéfice de la restitution.

Mais dans le doute la présomption sera que la caution a eu connaissance de cet état de minorité et que s'étant engagée *in contemplatione juris prætorii* elle a entendu garantir le créancier des conséquences de la rescision du contrat; elle ne serait donc dès lors pas fondée à invoquer l'exception née en la personne du mineur.

En ce qui concerne le *mandator*, l'hésitation est moins grande. Celui-ci, d'après le même jurisconsulte, ne pourrait jamais profiter de l'*in integrum restitutio* accordée au débiteur, et peu importe qu'il ait ignoré ou non la minorité de ce dernier. Le *mandator* en effet a été l'instigateur du contrat, *velut fuit adfirmator et suator*; c'est lui qui a indiqué le débiteur au mandataire et l'a engagé à traiter avec lui, il est donc équitable qu'il reste tenu par l'action *mandati contraria* d'une obligation dont il a pris l'initiative ¹.

3° *Prodigues*. — Comme le pupille, le prodigue pouvait faire sa condition meilleure, mais non la rendre pire. — Nous devons rechercher maintenant si l'engagement de l'interdit est frappé d'une nullité tellement radicale qu'elle ne puisse même pas produire une obligation naturelle susceptible d'être cautionnée. La controverse est la même que pour l'hypothèse que nous venons d'examiner; aussi M. Machelard résoud-il la difficulté par la même distinction en ce qui concerne le fidéjusseur.

En effet, d'une part la loi 6, au titre *de verborum*

1. V. Machelard. *Traité des obligations naturelles*, p. 242.

obligationibus, semble bien exclure toute obligation naturelle, puisqu'elle ne reconnaît pas la validité de la fidéjussion, ce qui est l'un des signes caractéristiques de toute obligation naturelle. *Is, cui bonis interdictum est, nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut pro furioso.*

D'autre part, une loi du même jurisconsulte Ulpien nous donne une solution diamétralement opposée, en admettant que le fidéjusseur ne pourra se prévaloir de l'exception qui compète à l'interdit, *qui si pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioso fidejusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit.* l. 25, D. de fidej.

Telle est la contradiction qui ressort du rapprochement de ces deux textes ; contradiction plus apparente que réelle, d'après M. Machelard, qui suppose que les lois 6 et 25 visent des hypothèses tout à fait différentes. — Le fidéjusseur a-t-il sciemment ou sans le savoir accédé à l'obligation contractée par l'interdit ? Il sera tenu dans le premier cas, tandis qu'il ne le sera pas dans le second. — En effet, si l'on admet qu'une obligation naturelle se forme à la charge du pupille et qu'un fidéjusseur peut valablement y accéder, on ne saurait se refuser à reconnaître que le prodigue, dont les facultés ont reçu leur plein développement, soit apte, malgré la restriction apportée par la loi, à faire naître des obligations tout aussi étendues que celles de l'impubère.

Nous devons mentionner la distinction proposée par Pothier et Cujas ¹. La loi 6, d'après ces auteurs, viserait le cas où l'interdit s'est engagé *ex contractu*,

1. Cujas, t. II, C. 1128 et C. 1165.

les obligations du débiteur principal et du débiteur accessoire seraient alors atteintes d'une nullité complète. La loi 25, au contraire, s'occuperait d'une fidéjussion intervenant à l'occasion d'une dette née *ex re*, c'est-à-dire d'une dette obligeant le débiteur indépendamment de sa volonté, par exemple à l'occasion d'une gestion d'affaires. — Le cadre de notre travail ne nous permet pas d'entrer dans la discussion de tous ces systèmes ; mais si l'on admet l'opinion de M. Machelard, tout se ramène à une question de preuves, car la validité de la fidéjussion est liée intimement à la question de savoir si oui ou non le garant a eu connaissance de l'état d'interdiction du débiteur.

En ce qui concerne le *mandatum*, bien que la question ne soit pas tranchée directement par les textes, nous pouvons ici appliquer par analogie la loi 13 pr. D. 4-4 qui vise l'hypothèse du mineur usant du bénéfice de l'*in integrum restitutio*. Par le seul fait que le *mandator* a excité le créancier à contracter avec le prodigue, il se trouve ainsi avoir engagé sa responsabilité à raison de sa légèreté ou de son imprudence ; car, avant d'agir, il aurait dû se renseigner sur la capacité du débiteur. Aussi nul doute que dans notre espèce le *mandator* ne soit toujours et dans tous les cas tenu, à défaut de l'interdit, de l'engagement né à sa charge à l'occasion du contrat dont il a pris l'initiative. *Ad pr-mator et suasor fuit.*

4° *Fils de famille*. — Nous avons déjà dit que lorsque le fils de famille empruntait contre les dispositions du sénatus-consulte, bien qu'il fût à l'abri de toute action civile, il n'en restait pas moins tenu *naturaliter* (l. 10, D. 14-6).

Mais quelle était l'étendue de cette obligation naturelle ?

Telle est la question que nous devons résoudre.

La réponse nous est fournie par Ulpien dans la l. 9, § 3, D. XIV-6. L'exception du sénatus-consulte, nous dit en substance Ulpien, sera donnée non seulement au fils et au père de famille mais aussi au fidéjusseur et au *mandator*, parce que ces derniers auraient une action recursoire par l'action de mandat. Mais il en serait tout autrement dans le cas où l'intercession aurait eu lieu dans une pensée de libéralité, car alors le recours n'étant plus à craindre la prohibition du sénatus-consulte n'a plus d'objet. La conséquence à tirer de cette loi est que l'engagement du fils de famille constitue une obligation naturelle à laquelle, en principe, peut valablement accéder un garant. Mais l'action du créancier contre le fidéjusseur ou le *mandator* ne sera pas toujours efficace et, d'après le texte, elle ne le sera jamais lorsque ceux-ci auraient un recours à exercer contre le débiteur principal. Les intercesseurs seront, en effet, fondés à se prévaloir du bénéfice du sénatus-consulte Macédonien qui produit à leur profit une exception classée au nombre de celles que les Romains nommaient *rei cohærentes* (L. 7, D. 44-1).

Le but que se propose le sénatus-consulte, en mettant la caution à l'abri des poursuites du créancier, c'est de préserver le fils de famille des recours auxquels il serait exposé par l'action du mandat. Dès lors lorsque les intercesseurs ont agi de leur plein gré, en l'absence de tout mandat du débiteur, le sénatus-consulte cesserait de les protéger, parce que l'action *negotiorum gestorum* serait une voie de recours illusoire contre le fils de famille. On ne saurait dire en effet que

ceux qui ont favorisé les instincts de dépense du *filius-familias*, aient fait un acte utile pour ce dernier. Généralement les actes de spontanéité seront plus fréquents dans le *mandatum* que dans la fidéjussion ; car le plus souvent c'est le *mandator* qui a fait les démarches personnelles qui ont amené la conclusion de l'affaire. Mais la responsabilité du *mandator* n'est engagée qu'autant que le créancier a cru de bonne foi traiter avec une personne capable d'emprunter et a ignoré que le prêt a été fait contrairement aux dispositions du sénatus-consulte. Cette solution nous est indiquée par un texte d'Ulpien dans lequel, après avoir cité différents cas où il considère le *mandatum* comme *licitum*, il ajoute : *Hoc amplius dico, si cum dubitarem utrum contra senatus-consultum accipienti, intercesse-rit, qui diceret, non accipere contra senatus-consultum et periculo meo crede, dicat, bene credis, arbitror locum esse mandato* (l. 12, § 3, D. 17-4). Il faut, dit cette loi, un *mandatum licitum* ; or on ne pourrait considérer comme tel celui qui serait donné dans le but de contrevenir sciemment aux défenses de la loi (§ 7, Inst. de *Mandato*). Tel serait le cas où il y aurait eu concert entre le mandataire et le mandant dans le but de violer les dispositions prohibitives du sénatus-consulte et de procurer ainsi au fils de famille l'argent nécessaire à ses passions. Dans cette circonstance le créancier ne pourrait agir par l'action de mandat ; car il ne peut naître aucune action à l'occasion d'un fait illicite. Du reste, la position du mandataire est bien peu digne d'intérêt ; ayant agi en connaissance de cause et en toute liberté, il ne tenait qu'à lui de ne pas exécuter le mandat et de ne pas se prêter à l'acte honteux dont il se trouve être la victime.

Ce que nous décidons lorsqu'il y a eu mauvaise foi de part et d'autre, s'appliquera à *fortiori* dans le cas où le *mandator* s'est engagé dans la persuasion que l'opération était licite, alors que le créancier a connu, au moment du contrat, la situation de l'emprunteur. Il pouvait dans ce cas, comme dans le précédent, se prévaloir du bénéfice du sénatus-consulte, son engagement n'est valable que lorsqu'en l'absence de toute pensée de fraude il a entendu se charger des risques du *mutuum* ou que son intercession n'a eu lieu qu'*animus donandi* ¹.

1. Comparer sur tous ces points Machelard. *Des obligations naturelles*. Voir notamment p. 125 et seq.

CHAPITRE III

EFFETS DU MANDATUM

Dès le jour où le créancier, se conformant aux prescriptions du *mandator*, a exécuté l'ordre à lui donné, une double obligation prend alors naissance : l'une à la charge du débiteur principal avec lequel le mandataire a contracté ; l'autre à la charge du garant. Le but réalisé par le *mandatum* a donc été de fournir un second débiteur au créancier afin d'assurer ainsi le paiement de la dette. Mais le *mandator* n'est qu'un débiteur accessoire, il n'est tenu que pour autrui, et lorsque, poursuivi par le créancier, il avait payé en l'acquit de l'emprunteur, il avait un recours contre ce dernier pour se faire indemniser des sommes ainsi déboursées.

A l'origine et pendant longtemps, le créancier eut le droit absolu de s'attaquer au *mandator*, avant même de s'être rendu compte, par une discussion préalable, de la solvabilité de l'engagé principal. De plus s'il existait plusieurs *mandatores*, le créancier n'étant pas obligé de diviser ses poursuites, avait la faculté de s'adresser à l'un d'eux et de faire supporter à celui-là tout le poids de la dette. Chacun d'eux en effet a garanti la totalité de l'obligation ; aussi le

créancier peut-il, lorsqu'il agit contre un seul, faire abstraction de tous les autres répondants. Tel fut le droit primitif dans toute son âpreté.

Peu à peu, dans le but d'encourager le cautionnement qui est un contrat de bienfaisance, les Romains essayèrent d'apporter certains adoucissements à la situation de la caution, sans toutefois diminuer en rien les diverses garanties du créancier. « Il est en » effet fort équitable, ainsi que le fait remarquer un » auteur coutumier, Basnage, de donner secours, et » de favoriser autant qu'il se peut ceux qui se sont » précipités dans l'embarras et dans le péril d'un » cautionnement que par un principe d'honneur ou » d'amitié ou par une trop grande facilité. C'est par » cette raison que les Empereurs, par leurs Constitu- » tions, accordaient aux fidéjusseurs trois sortes de » bénéfices et de grâces¹. »

Ce sont ces bénéfices que nous nous proposons d'étudier, dans l'ordre chronologique où ils ont été institués.

SECTION I

BÉNÉFICE DE CESSION D'ACTIONS

Lorsque la dette principale était garantie par un fidéjusseur, on comprend facilement qu'en raison de l'unité d'objet et de l'effet extinctif de la *litiscontestatio*, le créancier qui n'avait qu'une seule action à exercer, devait avoir la liberté de choisir entre ses obligés, principaux ou accessoires, le plus solvable

1. *Traité des hypothèques*, partie II, Ch. IV, p. 207.

d'entre eux. Cet excès de rigorisme ne se conçoit plus dans l'hypothèse du *mandatum pecuniæ credendæ*; car, à l'inverse du cas précédent, le *mandator* n'a pas promis *idem*, ce qui fait que deux obligations se sont produites à son profit à l'occasion du mandat, chacune d'elles ayant un objet spécial et distinct. Aussi peu importe que l'une de ces obligations ait été déduite en justice, l'autre, ne se trouvant pas éteinte de ce chef, n'en subsistera pas moins entre les mains du créancier. Quoi qu'il en soit, les textes sont unanimes sur ce point et tous nous montrent, ainsi que nous venons de l'indiquer, que le créancier n'était pas obligé de discuter préalablement le débiteur principal avant de s'attaquer à ceux qui accessoirement avaient promis le paiement de la dette.

Si en principe il en était ainsi, peut-être l'état des mœurs et certainement les besoins de la pratique avaient fait trouver certains moyens de parer aux inconvénients de ces poursuites anticipées. Nous verrons, lorsque nous aurons à parler du bénéfice de discussion, qu'en fait les parties pouvaient déroger aux règles que nous venons d'énoncer et introduire dans le contrat certaines clauses améliorant la situation du répondant. Au nombre de ces diverses clauses, nous pouvons citer les pactes adjoints *in continenti* au contrat et notamment l'engagement *quanto minus a reo servari potest*; expédients qui ont pour but d'enlever au créancier son droit d'option et de n'engager la responsabilité du garant qu'autant que l'ayant droit n'aurait pas reçu entière satisfaction du débiteur. Mais ces divers procédés supposaient tous une convention entre les parties contractantes et, en l'absence de tout accord, le principe général reprenant son

empire, le *mandator* était livré à la merci du créancier dont la liberté d'action n'avait alors aucune limite.

Jusqu'à l'introduction du bénéfice de discussion qui ne date que du temps de Justinien, le répondant, lorsqu'il se trouvait être l'objet des premières poursuites, était souvent obligé de faire l'avance de l'intégralité de la dette. De ce chef, il avait bien, il est vrai, un recours contre le débiteur principal, par l'action *mandati* ou l'action *negotiorum gestorum*, selon les circonstances. A l'encontre du principal obligé, il était presque sans intérêt que le recours s'exercât par l'action personnelle *mandati contraria*, ou par l'action personnelle du créancier. Cependant la question présentait plus d'intérêt, surtout si l'on suppose un débiteur insolvable, lorsque plusieurs *comandatores* s'étaient engagés accessoirement ou lorsqu'un gage ou une hypothèque garantissaient la créance primitive.

Dans la rigueur des vieux principes, — surtout à l'époque où les répondants ne pouvaient s'engager que par voie d'*adpromissio*, — le paiement opéré par le *solvens* faisait entièrement disparaître l'objet de l'obligation principale avec tous ses accessoires, sûretés réelles ou personnelles, et mettait ainsi tous les risques de l'insolvabilité à la charge de la caution poursuivie. En présence d'une égale part de responsabilité assumée par chacun des corépondants, il était donc inique d'établir une aussi inégale répartition de la perte. D'un autre côté, la substitution du garant dans les droits du créancier et notamment dans l'effet de l'hypothèque consentie à ce dernier, ne pouvait nuire à qui que ce soit. En effet, les créanciers qui avaient

traité avec le débiteur postérieurement à la constitution de l'hypothèque, pouvaient-ils se plaindre ? Assurément non ! car ils n'avaient pu compter venir par contribution avec le créancier dont les droits étaient ainsi assurés.

En présence d'une situation aussi favorable, il n'est pas douteux que, sinon pour un motif d'humanité, mais tout au moins dans le but de ne pas décourager ceux qui s'obligeaient par pure amitié, les créanciers durent facilement consentir la cession d'actions désormais stériles entre leurs mains. D'autre part, tous les efforts de la jurisprudence tendirent à ériger en droit ce qui existait déjà fréquemment en fait, et l'on peut dire que cette heureuse innovation fut plutôt le fruit des progrès lents de la pratique romaine qu'une sorte de création instantanée due à l'initiative de quelque grand jurisconsulte. La meilleure preuve qui puisse exister de ceci, c'est qu'il paraît bien difficile d'établir à quel auteur revient l'honneur d'avoir introduit ce bénéfice.

Toutefois le procédé employé pour réaliser cette cession peut nous aider à déterminer approximativement l'époque à laquelle dut apparaître ce bénéfice. Tant que subsistèrent les *legis actiones*, les créances, produisant un lien purement personnel entre deux personnes déterminées, ne purent jamais, en raison de l'impossibilité de donner un mandat *ad litem*, être transmises soit à titre onéreux, soit à titre gratuit. Ce ne fut qu'avec le système formulaire que l'on vit se produire la *procuratio ad litem*, c'est-à-dire la faculté pour le *procurator* de plaider sur le droit d'autrui et de déduire en justice l'action que le mandant pouvait avoir contre le débiteur.

Cependant il faut remarquer que les Romains n'admirent jamais l'idée de représentation telle que nous la comprenons aujourd'hui. En effet, dans notre droit, il est de principe que le mandant est censé avoir figuré dans l'instance engagée ou avoir parlé au contrat dont tous les effets se réalisent directement dans sa personne. L'esprit formaliste et trop exactement rigoureux des jurisconsultes romains ne pouvait se bercer d'une telle subtilité et admettre que celui qui avait été partie à l'acte pût rester étranger à ses conséquences juridiques. Le mandataire pouvait bien agir pour le compte d'autrui, mais *non pas au nom d'autrui*; de telle sorte que les rapports juridiques, indiqués par la formule et irrévocablement fixés par la *litiscontestatio*, rendaient celui-ci le sujet actif ou passif de l'instance dans laquelle il avait figuré. Tous les résultats du procès venaient, par l'action *judicati*, réfléchir contre le représentant, devenu ainsi *dominus litis*, sauf à ce dernier à transmettre ensuite le profit ou la charge de la condamnation au mandant, à l'instigation duquel il avait agi.

Ce mandat *ad litem*, accompagné de la dispense de rendre compte, devint le procédé très ingénieux dont on se servit pour céder à un tiers, non pas une créance qui est inaliénable, mais l'émolument à retirer de cette créance. Le *procurator* qui est partie au procès, en qualité de demandeur, acquiert ainsi un droit qui devient sien à la suite de la *litiscontestatio* et dont il peut seul réclamer le bénéfice au défendeur qui se trouve en définitive être son débiteur personnel. Tel est le mécanisme de la *procuratio in rem suam* qui, en opérant une sorte de novation de la créance au profit du demandeur, joue ici, avec des effets moins pleins,

un rôle tout à fait analogue à celui de la tradition¹.

Toutes ces explications nous montrent que le bénéfice de cession d'actions, s'il fut inconnu à l'époque des *legis actiones*, dut faire son apparition peu après l'introduction du système formulaire. Quoi qu'il en soit, il semble bien certain que la jurisprudence, dans un but d'équité et aussien vue de faciliter ce genre de sûretés personnelles, dut faire admettre assez facilement que tout créancier recevant le montant de sa créance devrait, s'il ne voulait être repoussé par l'exception de dol, céder au répondant toutes les actions qu'il pouvait avoir contre le débiteur. Le *solvens* était considéré, non pas comme un débiteur qui acquitte sa dette, mais comme un véritable acquéreur de créance. C'est ainsi que, par une sorte de fiction peu familière aux jurisconsultes romains, on fit d'un paiement une vente (l. 17, D. 46-1).

Ce bénéfice avait dû tout d'abord être admis en faveur des *mandatores*, car ainsi qu'on l'a prétendu, cette cession semble bien devoir résulter pour eux des règles particulières au contrat de mandat dans lequel les rapports des parties étaient réglés conformément à la bonne foi (l. 13, D. h. t.). — Ce n'aurait été, croyons-nous, que par voie d'extension et grâce aux efforts de la jurisprudence que la fidéjussion aurait pu jouir du même bénéfice.

Ceci dit, nous devons maintenant rechercher quelles étaient les conditions exigées pour être fondé à se prévaloir du bénéfice de cession d'actions.

Pour obtenir cette cession, le *mandator* devait :

1. Voir *Précis de droit Romain* de M. Accarias, t. II, p. 553..

1° la solliciter dans un temps déterminé ; 2° effectuer le paiement intégral de la créance.

— I. — *Le mandator devait demander la cession.* —

Le bénéfice de cession est une faveur admise dans l'intérêt du répondant qui était déjà armé contre le débiteur principal de l'action personnelle *mandati contraria* ou *negotiorum gestorum*. Aussi est-il obligé de l'invoquer contrairement à ce qui a lieu dans notre Code où la subrogation se produit de plein droit. (art. 1250 C. c.). Cette cession qui est demandée par le *mandator* ne saurait lui être refusée et sur ce point les textes sont très formels ¹.

Mais il ne suffisait pas de demander cette cession, il fallait encore l'exiger à temps. Mais l'époque de cette cession pouvait varier, selon que les actions, dont la transmission était réclamée devaient être dirigées soit contre le principal débiteur, soit contre les autres *mandatores*.

D'où les deux hypothèses suivantes qu'il importe d'examiner.

Première hypothèse. — *La cession a pour but de permettre au mandator d'assurer son recours contre le principal obligé.*

Deux cas peuvent se présenter : la demande est faite amiablement ou, au contraire, elle est formée en justice.

Dans le premier cas, la cession est utile et efficace même après le paiement opéré par le répondant et en l'absence de toute réserve faite à cet égard. Telle est la solution qui nous est fournie par Ulpien dans la loi 28, D. 17-1. *Ideoq̄ue, ait, mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.*

¹. L. 13, D. h. t. ; ll 2, et 11 C. 8-11.

Cette décision est très logique et on ne peut dire qu'elle découle des principes mêmes qui régissent le contrat de mandat. En effet, du caractère synallagmatique de ce contrat, il résulte que des obligations réciproques naissent à la charge des deux parties.

D'un côté, le mandant est forcé d'indemniser le mandataire de toutes les dépenses qu'il a faites conformément à ses ordres et, de l'autre, celui-ci, en tant que tenu de l'obligation de rendre compte, doit transporter en la personne du mandant tous les droits et actions qu'il a pu acquérir pendant sa gestion (l. 45, pr. et § 1 *Mand*). Mais de ce que l'un d'eux a satisfait à son obligation, il ne s'ensuit pas que l'autre puisse se soustraire à l'acquittement de la sienne. Du reste nous avons vu que les règles particulières à cette forme de cautionnement rendaient possible cette cession.

A l'encontre de *l'adpromissio* où les deux formules étaient nécessairement calquées l'une sur l'autre, puisque les deux obligations (principale et accessoire) devaient avoir absolument le même contenu, cette identité d'objet de l'engagement accessoire n'était pas exigée pour la validité du *mandatum pecuniæ credendæ*. Le fidéjusseur ayant promis *idem*, son obligation se trouvait ainsi avoir le même objet, la même *res* que l'obligation du débiteur principal, de sorte que la poursuite dirigée contre l'un d'eux avait pour effet d'anéantir le droit du créancier sur l'autre¹. En raison de cette unité de dette, le fidéjusseur devait requérir la cession avant le paiement ou la délivrance de la formule, s'il ne voulait voir la créance primitive s'éteindre faute de cause.

Au contraire le *mandator* n'ayant pas promis *eam-*

1. Consulter sur ce point M. Gérardin. *Etude sur la solidarité*, p. 7.

dem rem, il se formait au profit du créancier deux obligations distinctes dont l'existence était complètement indépendante l'une de l'autre. D'où cette conséquence que le paiement opéré par le *mandator* ne faisait pas disparaître l'engagement du débiteur principal. Malgré ce paiement, le créancier qui était toujours armé d'un action aurait pu exercer des poursuites contre le débiteur, poursuites qui, il est vrai, seraient venues échouer devant l'exception de dol; car il aurait été contraire à toute idée d'équité qu'une personne pût toucher deux fois le montant d'une même créance. Aussi cette action désormais inefficace entre ses mains, devait-il la céder au *mandator* qui pouvait s'en servir utilement dans ses rapports avec le débiteur.

Nul doute que le répondant n'ait pu être forcé de payer si le créancier refusait de le constituer *procurator in rem suam* (l. 21, C. 8-41). Mais telle n'est pas notre hypothèse, nous supposons ici que le paiement a été effectué avant toute poursuite et nous disons que même dans ce cas, non seulement le créancier pourra céder ces actions, mais encore qu'il sera obligé de déférer au désir du mandant.

Pour arriver à ce résultat, le *mandator*, il est vrai, pouvait bien agir contre le créancier par l'action *mandati directa* et obtenir par la crainte d'une condamnation la cession demandée. Mais qu'arriverait-il si, étant donné l'insolvabilité du débiteur et du créancier, celui-ci refusait de constituer le répondant *procurator in rem suam*? Le principe que toutes les condamnations sont pécuniaires s'opposant à une cession opérée par voie de justice, le créancier pourrait-il, dans ce cas, par pure obstination, priver le

solvens du bénéfice auquel celui-ci avait légitimement droit et l'empêcher ainsi de profiter des sûretés réelles qui pouvaient entourer la créance principale ? Certes la législation romaine eût été bien défectueuse, si elle n'eût pas trouvé un moyen de prévenir les effets d'une telle mauvaise foi. Le prêteur, croyons-nous, avait la faculté d'accorder à celui qui avait le droit de réclamer au cédant une *procuratio*, une action utile délivrée dans la forme rutilienne et ayant absolument les mêmes effets que l'action directe (l. 8, C. 4-39 et l. 47, § 1, D. III-5).

Nous devons ajouter qu'en raison du caractère via-ger du mandat, cette action utile rendait de grands services en assurant aux héritiers la transmissibilité des effets de cette cession ¹.

Mais si, au lieu d'être formée extrajudiciairement, la demande était faite en justice, sur la poursuite du mandataire, il n'est pas douteux que le répondant ne pourrait être condamné dans le cas où la cession lui serait refusée (l. 21, C. 8-41).

Le procédé grâce auquel cette cession est obtenue nous indique encore ici une différence entre nos deux modes de cautionnement. Le fidéjusseur qui voulait réserver ses droits devait faire insérer une exception dans la formule d'action. Au contraire, le *mandator* n'a pas besoin de faire mentionner cette exception dans la formule, puisque l'action *mandati contraria* intentée contre lui est de bonne foi. Aussi importe-t-il peu que la demande soit formée devant le juge ou extrajudiciairement, la cession pourra être réclamée et obtenue en tout état de cause. Telle est l'une des

1. Voir *Inst. d'Ortolan*, t. III. Édit. rev. par M. Labbé. Appendice XI. Du transport de créance.

conséquences qui résulte des principes généraux que nous venons d'énoncer. Rien n'empêcherait donc que ce bénéfice pût être invoqué après la délivrance de la formule (l. 13, D. h. t.). Il en serait ainsi alors même qu'une condamnation serait intervenue au profit du créancier, car l'action *judicati* pourrait être paralysée par une exception opposée par le répondant (l. 41, § 1, D. XLVI-1). Papinien n'est pas moins affirmatif dans une hypothèse encore moins favorable au *mandator*, puisqu'il admet que celui-ci a droit de réclamer la cession, bien qu'il ait été obligé de payer sur les poursuites du créancier. *Et ideo mandatore convento et damnato, quamquam pecunia soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet; sed et præstare debet creditor actiones mandatori adversus debitorem, ut ei satisfiat* (l. 95, § 10, D. XLVI-3).

Bien plus, en présence de l'inaction du créancier, le répondant pourra, avant d'attendre les poursuites, faire des offres et obtenir par l'action *mandati directa* la cession des actions.

Deuxième hypothèse. — *Le mandator voulait se prévaloir des actions cédées à l'encontre des autres mandatores.* — Au point de vue du moment où cette cession doit avoir lieu, il faut distinguer si le répondant est tenu d'une obligation solidaire (corréale) ou d'une simple obligation *in solidum*. Disons tout d'abord qu'une très vive controverse s'est engagée entre les interprètes modernes sur la question de savoir quelle était la source de chacune de ces deux obligations. Le cadre de notre sujet d'étude ne nous permettra pas d'entrer dans la discussion de tous les systèmes qui ont été émis; nous nous contenterons seulement d'exposer les principaux.

D'après M. Demangeat, la véritable solidarité qu'il appelle corréalité ne pourrait résulter que des obligations qui se trouvent sanctionnées par une action de droit de strict, une *condictio*, tandis que la solidarité simple ou imparfaite ne pourrait se rencontrer que dans le cas où l'engagement de plusieurs débiteurs serait garanti soit par une action de bonne foi, soit par une action *in factum* ¹.

Dans cette opinion, la nature de la solidarité dépendrait uniquement, ainsi qu'on l'a fait remarquer, d'un incident de procédure. Cette théorie ne saurait se concilier avec un texte très explicite de Papinien qui, à ce point de vue, assimile les contrats de bonne foi et les contrats de droit strict, et indique que, dans les uns comme dans les autres, l'obligation solidaire produira les mêmes effets à l'égard de tous les *rei promittendi* (l. 9, D. 45-2, *de duobus reis*).

D'autre part, M. Accarias a soutenu que la véritable solidarité découlait toujours de la volonté de l'homme, testament ou contrat, et qu'il n'y avait pas lieu de s'attacher à la nature de ce dernier acte juridique, comme on l'avait prétendu précédemment. En effet, pourquoi écarterait-on ici le pacte de corréalité, si l'on admet que tout pacte, inséré *in continenti* dans un contrat de bonne foi, fait corps avec lui et est sanctionné par les actions mêmes de ce contrat ². Toutefois dans les cas où les parties avaient la faculté d'employer la solidarité parfaite ou corréalité, elles pouvaient, si bon leur semblait, écarter les consé-

1. M. Demangeat. *Des obligations solidaires*, p. 208.

2. Voir Savigny. *Traité des obligations*, § 17, p. 170. Note traduite par MM. Jozon et Gérardin. — Voir M. Accarias, *Précis de droit romain*, n° 556.

quences rigoureuses de ce mode de garantie, et ne faire usage que de la solidarité simple ou imparfaite, dans laquelle la libération des débiteurs *tenus in solidum* ne résulterait que du paiement seul et non de la *litiscontestatio* faite avec l'un d'eux. Cependant si plusieurs personnes se sont obligées chacune pour le tout, sans préciser quelle espèce de solidarité elles entendaient établir, il faudra faire la distinction suivante : si le contrat est *stricti juris*, la corréalité est présumée ; partout ailleurs, c'est la solidarité simple, parce qu'elle est à la fois plus favorable aux débiteurs et aux créanciers. Aussi dans cette opinion, les *mandatores*, à moins de convention contraire, devraient être considérés comme tenus seulement *in solidum*, de sorte que la *litiscontestatio* faite avec l'un d'eux n'aurait pas pour effet de libérer les autres.

M. Gérardin, dans son ouvrage sur la solidarité que nous avons déjà eu l'occasion de citer, combat avec beaucoup d'énergie cette théorie qui semble indiquer que l'obligation *in solidum* est le résultat d'une convention dérogatoire aux règles de la solidarité parfaite, convention insérée dans le but de faire échec à l'effet extinctif de la *litiscontestatio*. Selon cet auteur, les parties n'auraient pas la faculté de faire naître à leur gré l'une ou l'autre espèce de solidarité, car cette règle de procédure qui constitue la base de l'organisation judiciaire romaine, est considérée comme un principe d'ordre public, auquel il est interdit de déroger par une convention contraire. Il importe donc peu que le contrat soit de droit strict ou de bonne foi, l'effet de la *litiscontestatio* sera le même et produira toujours cette conséquence d'entraîner l'extinction de toutes les obligations qui seront identi-

ques quant à leur objet. D'où cette conclusion que les pactes mêmes ajoutés *in continenti* à un contrat de bonne foi ne peuvent être autorisés lorsqu'il ont pour but de violer une prohibition de la loi. Ce n'est qu'au Bas-Empire que fut admise la validité d'une telle convention à laquelle Justinien semble faire allusion dans sa constitution 28. D'après la théorie que nous exposons, la solidarité parfaite ne serait que le résultat d'un accord de volonté, en vue de changer la nature propre de l'acte juridique qui en est l'objet et de lui imprimer un caractère particulier et purement artificiel. L'obligation *in solidum*, au contraire, découlerait d'un principe de raison, de la communauté de fautes, qui engendre la communauté de responsabilité¹. Tout d'abord le préjudice peut être occasionné par un délit ou un quasi-délit, lesquels pouvaient faire naître autant de créances et d'actions en réparation du dommage causé qu'il y avait de codélinquants.

La responsabilité collective pouvait aussi avoir lieu dans le domaine des obligations contractuelles et quasi-contractuelles. Si donc dans un contrat une faute est imputable à deux ou à plusieurs personnes, chacune d'elles sera obligée *in solidum* à l'indemnité. Tel serait le cas de deux locataires ou de deux vendeurs non solidaires qui, en l'absence d'une *diligentia* suffisante, auraient laissé dépérir la chose louée ou vendue.

On peut faire l'application de ces principes au *mandatum*. D'une part le créancier a pu imposer aux *mandatores* la solidarité ; dans ce cas, l'objet de toutes les obligations étant identique, la *litiscontestatio* produira un effet libératoire à l'égard de tous. Mais il

1. M. Gérardin. *De la solidarité*, page 57.

peut arriver que, donné séparément et en dehors de tout concert entre les garants, le mandat n'ait créé aucun lien de dépendance, ni aucun rapport juridique entre eux ; or il s'ensuit que chacun des répondants ayant promis d'indemniser le créancier de tout le préjudice qu'il pourrait éprouver, n'a pas pris ainsi un engagement identique, mais au contraire se trouve lié en vertu d'une promesse bien distincte. Ici chacun des *mandatores* peut se reprocher d'avoir manqué d'une égale *diligentia*, en ne se renseignant pas sur la solvabilité du recommandé avant d'engager le créancier à lui faire crédit. Aussi la pluralité de fautes assurera-t-elle, par voie de conséquence, cette pluralité d'obligations que le paiement seul, et non la *litis-contestatio* pourra faire disparaître.

Ces principes posés, il nous faut maintenant en tirer certaines déductions quant au bénéfice de cession d'actions. S'il s'agit de *comandatores* tenus de la véritable solidarité, cette cession pourra être ou volontaire, ou forcée. Le créancier recevant son paiement de l'un des *correi promittendi* aura la faculté de transmettre ses actions au *solvens* qui pourra les faire valoir à l'encontre des autres codébiteurs. De plus le caractère obligatoire de cette cession n'est pas douteux en présence du droit qu'avait le débiteur solidaire poursuivi judiciairement, de se refuser à l'acquittement de la totalité de la dette, tant que le créancier n'aurait pas consenti à lui faire passer ses actions. Le *mandator* avait un moyen énergique de triompher du refus obstiné du créancier, c'était de faire insérer dans la formule l'*exceptio doli*. Ici le dol consiste non pas en ce que le poursuivant forme une demande non justifiée, mais en ce que son refus arbitraire qui tend à

priver un tiers d'un recours très légitime, est contraire à toutes les règles de l'équité. Ce n'est d'ailleurs que l'application d'un principe posé par l'édit du préteur qui donne cette exception *ne cui dolus suum per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prosit*¹.

Mais à quel moment le *mandator*, lorsqu'il est tenu *correaliter*, devra-t-il demander en justice la cession? Aucune difficulté ne s'élève sur ce point; la cession devra être obtenue *in jure*, devant le magistrat, c'est-à-dire avant la *litis contestatio* parce que la délivrance de la formule aurait pour effet de libérer tous les autres coobligés.

Au contraire s'il s'agit de *mandatores* qui, liés par des engagements distincts ne sont responsables qu'*in solidum*, les répondants auront une plus grande liberté et un peu plus de latitude pour invoquer ce bénéfice. Non seulement cette cession pourra avoir lieu devant le magistrat, mais rien ne s'opposerait aussi à ce qu'elle fût demandée devant le juge. Si une condamnation était intervenue, le défendeur avait encore la ressource de paralyser par une réplique l'action *judicati* intentée contre lui (L. 41, § 1, D. XLI-3).

Bien plus l'absolution de l'un des *mandatores* n'entraînait pas l'extinction de l'engagement des autres. *Absolutione quoque non liberantur*, dit Ulpien. Cependant l'obligation *in solidum* a ce point commun avec la solidarité véritable, c'est que le paiement fait par l'un emporte libération à l'égard de tous².

Cet effet du paiement dans le domaine des obligations *in solidum* s'explique par cette considération que

1. L. 65, D. 21-2. — L. 48, § 5, D. 13-2.

2. L. 52, § 3. D. 46-1.

la réparation du préjudice causé qui était la cause de la dette de garantie des *mandatores*, doit faire disparaître l'engagement de ces derniers, lequel s'éteint faute d'objet. Ici la *litiscontestatio* ne pourrait produire le même résultat puisqu'il n'y a pas unité de dette, mais au contraire pluralité d'obligations.

II. *Le mandator devait en outre offrir le paiement intégral de la dette.* — Cette deuxième condition est encore une des conséquences naturelles du contrat de mandat dans lequel, nous l'avons déjà dit, des obligations réciproques naissent à la charge de chacune des parties. Il s'ensuit que si le créancier est tenu d'opérer la cession de toutes ces actions ce ne sera qu'à la condition expresse que le répondant veuille bien satisfaire, de son côté, à la principale de ses obligations en lui remboursant toutes les dépenses par lui faites, conformément à la lettre du mandat et notamment le montant des sommes versées entre les mains de l'emprunteur. Du reste, s'il est vrai, comme l'affirment les jurisconsultes romains, que ce paiement est une vente, il faut en conclure que le vendeur ne pourra être forcé de livrer sa chose avant d'en avoir reçu le prix. Ce bénéfice serait en outre contraire à toutes les règles de l'équité si le créancier, à la suite d'un paiement partiel, était obligé de subir le concours du répondant à l'instigation duquel il a agi et sur la bonne foi duquel il a pu compter pour le remboursement intégral du prêt.

En ce qui concerne la fidéjussion aucun doute ne saurait subsister en présence de la décision fournie par la loi 11, C. 8-41 ¹.

Bien que les textes n'envisagent pas la difficulté au

1. Voir I, 17, D. h. t.

point de vue spécial des rapports du créancier et du *mandator*, cependant leur silence n'a rien qui doive nous surprendre surtout si l'on songe que cette obligation découle des principes mêmes qui régissent le contrat de mandat. — Toutefois il nous semble qu'on pourrait tirer argument des termes très généraux de la loi 45, § 9, D. XLIX-14 qui, pour accorder le recours au répondant, ne distingue pas de quelle façon s'est formé l'engagement accessoire, c'est-à-dire s'il s'est formé *verbis aut consensu*.

Mais si le *mandator* qui veut jouir des avantages du bénéfice doit nécessairement opérer le paiement intégral de la créance, il arrivera parfois qu'il ne pourra obtenir cette cession qu'en payant une somme supérieure au montant de la dette garantie par lui. C'est ce qui a lieu dans l'hypothèse rapportée par la l. 2, C. 8-41 : un débiteur a contracté vis-à-vis du même créancier deux dettes différentes dont le remboursement est assuré par les mêmes sûretés réelles, gages ou hypothèques. De plus, des fidéjusseurs sont venus s'ajouter à la première de ces deux obligations. Dans ce cas, le fidéjusseur qui voulait profiter de l'action hypothécaire ou pignoratice, devait supporter le poids des deux dettes garanties par l'hypothèque. Cette solution n'a rien d'inique et elle peut s'expliquer par cette considération que les Romains, tout en accordant une faveur au fidéjusseur, n'ont pas entendu nuire en quoi que ce soit aux droits légitimes du créancier. Or, admettre que ce dernier ait pu être obligé, à la suite d'une cession, de subir le concours du répondant, c'eût été amoindrir la situation que le créancier s'était faite grâce à une sage prévoyance.

De nos jours, toute crainte de conflit est écartée

et la caution n'a pas à entrer en lutte avec le créancier vis-à-vis de l'obligé principal. En vertu du principe inscrit dans l'article 1252 du Code civil, principe qu'on peut formuler ainsi : « *Nemo contra se subrogasse censetur*, » le subrogeant, à moins de clause contraire, sera toujours payé, pour ce qui lui reste du, par préférence au cessionnaire.

La décision admise par la loi 2 qui l'applique à l'hypothèse où les débiteurs accessoires sont des fidéjusseurs, doit-elle être étendue aux *mandatores* ? Nous n'hésitons pas à admettre l'affirmative, même en l'absence de textes à l'appui ; car il serait inadmissible que, dans un contrat synallagmatique où l'équité est la loi commune des parties, cette cession pût tourner au grand détriment du créancier. Mais pourquoi les textes sont-ils si précis dans un cas tandis qu'ils sont absolument muets dans l'autre ? Cette différence peut s'expliquer par cette raison que le législateur est obligé de faire, dans les contrats de droit strict, ce que la sagesse et la prudence des juges font d'office dans les contrats de bonne foi ¹.

Le problème que nous venons de résoudre contient la solution d'une difficulté d'un autre ordre. S'il est exact, en effet, que le *mandator* ne puisse demander le secours de la loi qu'à la condition expresse d'offrir le montant intégral de la créance, il faut dès lors en conclure que si, venant à invoquer le bénéfice de division à l'époque où il a droit d'user de cette faculté, il ne pourrait en ne payant que sa part, se faire céder les actions. Ceci semble bien ressortir de la loi 17, D. h. t. dont les termes très généraux ne paraissent

1. V. Inst. Ortolan, n° 2135. Appendice de M. Labbé. *Des actions de droit strict et de bonne foi*.

pas admettre d'exception même en faveur du répondant qui est fondé à se prévaloir du bénéfice de division. *Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.*

Mais si le cumul de ces deux bénéfices était interdit, le *mandator*, croyons-nous, devait avoir un droit d'option, car il pouvait avoir intérêt à user de l'un ou de l'autre, suivant les circonstances. En présence d'un débiteur solvable, il est bien certain qu'il ne manquera pas de demander la division afin d'éviter ainsi l'avance de la totalité de la dette. Si, au contraire, le débiteur principal est insolvable, deux situations distinctes sont à envisager. La dette se trouve-t-elle garantie par des sûretés réelles? Le *mandator*, sûr de rentrer dans ses avances, fera bien de se prévaloir de la cession d'action. Mais s'il n'y a pas de sûretés réelles, le répondant aura alors intérêt à requérir la division afin de faire supporter à chacun des autres débiteurs accessoires une égale part de responsabilité.

Effets de la cession. — Après avoir énuméré les diverses conditions requises pour obtenir le bénéfice de cession d'actions, nous devons maintenant indiquer quels étaient les devoirs du créancier dans ses rapports avec son cessionnaire. Nous connaissons déjà le procédé employé pour réaliser cette cession ; le créancier était obligé de constituer le répondant *procurator in rem suam* à l'effet d'exercer à son profit tous les droits et actions attachés à la créance cédée.

Mais le créancier était-il tenu de transmettre les actions telles qu'elles existaient entre ses mains au jour du paiement ; ou bien, chargé de veiller à leur

conservation, devait-il être déclaré responsable de toutes celles qu'il a laissées périr? Notre réponse est que les effets de notre bénéfice devaient varier avec le mode de cautionnement employé. En effet le fidéjusseur ne pouvait se plaindre du défaut de vigilance du créancier qui, laissant périmer telle ou telle action lui aurait enlevé par sa faute un recours efficace ¹. Le *mandator*, au contraire, aurait le droit de se refuser à acquitter la dette dans la mesure du préjudice que pourrait lui causer la perte de l'une des sûretés attachés à la créance. C'est ce qu'exprime formellement Papinien : « si, dit-il, le créancier perd par sa faute son procès contre son débiteur, il est presque sans action pour poursuivre celui qui lui a donné mandat, parce que c'est par son fait qu'il ne peut lui céder ses actions » (l. 95, § 11, D.XLVI-3). Bien que la loi 95 n'ait prévu que l'hypothèse d'une *plus petitio* entraînant la déchéance du droit porté en justice, la même solution devrait être donnée, d'une façon générale, toutes les fois que, par son fait, le créancier se serait mis dans l'impossibilité de faire passer tout ou partie de ses actions au mandant. C'est là d'ailleurs la juste réparation du dommage causé à ce dernier.

Cette différence est, ainsi que nous l'avons fait remarquer souvent, le résultat de la diversité de principes qui régissaient ces deux contrats. Dans la fidéjussion, contrat unilatéral et de droit strict, les parties ne prennent aucun engagement réciproque; car la formule étant la cause efficiente de l'obligation, ceux-là seuls sont liés qui ont répondu à l'interrogation. N'ayant fait aucune promesse, le créancier se trouvait dans une situation de supériorité marquée à

1. V. II. 62, D. 46-1 et 25, C. 8-41.

l'encontre de ses cocontractants qui ne pouvaient exiger qu'il conservât toutes ses actions jusqu'à l'époque du remboursement de la créance.

Le *mandator*, contrat synallagmatique et de bonne foi, faisait naître des obligations distinctes à la charge de chacune des parties. Le créancier était assimilé à un mandataire ordinaire et, comme tel, devait répondre de son dol et de sa faute lourde. Si donc il s'était mis, par sa faute, dans l'impossibilité de transmettre au mandataire tout le bénéfice qu'il avait retiré du contrat, il en était responsable dans ses rapports avec ce dernier. Aussi le juge, pour le règlement des indemnités dues par le *mandator* au créancier, avait-il le devoir de faire la balance, si l'on peut s'exprimer ainsi, des obligations des deux parties.

La cession opérée, le *mandator* pourra s'attaquer :
° au débiteur ; 2° au détenteur de la chose hypothéquée à la sûreté de la dette ; 3° aux autres *comandatores*.

Nous l'avons déjà dit, le *mandator* n'aura guère intérêt à exercer à l'encontre du débiteur principal l'action même de créancier, car par l'action *mandati contraria* ou l'action *negotiorum gestorum* il pourra atteindre le même résultat. Cependant parfois il peut être plus avantageux d'user de l'action même du contrat, l'action *ex mutuo* qui est *stricti juris*, puisque grâce à la *sponsio pœnalis tertix partis* que le demandeur a le droit d'exiger de son adversaire, il pourra par la *condictio certæ pecuniæ* obtenir une condamnation dont le montant sera bien plus élevé que s'il avait agi par l'action de mandat.

Réduite à ces proportions, la cession d'action aurait eu bien peu d'importance : sa principale utilité et à

coup sûr la plus pratique était d'obliger le créancier à céder en outre au *solvens* tous les accessoires de la créance, sûretés personnelles ou réelles¹. Si donc nous supposons qu'une hypothèque ait été constituée comme garantie de la dette principale, la cession permettra d'intenter l'action hypothécaire, laquelle aura pour effet de prémunir le *mandator* contre les chances d'insolvabilité du débiteur si, bien entendu, l'objet hypothéqué a une valeur suffisante pour couvrir la dette.

Mais s'il existe des *comandatores*, le *solvens* pourra exercer contre eux l'action du créancier; il aura la faculté d'exiger de chacun la totalité de la créance, déduction faite de la part qu'il doit supporter définitivement dans la dette, sauf à ceux-ci à invoquer le bénéfice de division, comme ils ont le droit de le faire.

SECTION II

BÉNÉFICE DE DIVISION

Lorsque plusieurs personnes avaient donné mandat au créancier de contracter avec un débiteur déterminé, le mandataire pouvait exiger de chacune d'elles la totalité de la dette. C'était là une des conséquences logiques de la solidarité qui impliquait à la fois pluralité de liens et unité d'objet. *Una est obligatio*, disaient les Romains, *duo sunt rei ejusdem obligationis*. L'unité d'objet s'explique à merveille par l'unité d'intérêt que le poursuivant a dans l'instance; car n'ayant prêté que 100, il ne peut, comme le fait fort bien observer

1. L. 21, C. 8-41.

M. Gérardin, être créancier que de 100 et, malgré le plus ou moins grand nombre de débiteurs solidaires il ne peut avoir droit à une somme supérieure à celle en question¹.

Mais lorsque le créancier a obtenu l'engagement de plusieurs *comandatores*, cet excès de précautions ne saurait lui nuire et rendre sa situation moins avantageuse que s'il n'avait obtenu que l'engagement d'un seul. Or, s'il peut réclamer la totalité de la dette au seul obligé, il doit avoir des pouvoirs non moins étendus lorsqu'il en existe plusieurs. Le créancier avait donc la faculté de ne pas diviser ses poursuites et en s'adressant à l'un quelconque des *comandatores*, il pouvait exiger de lui le montant de la créance, comme s'il en était le seul et unique garant.

Tel fut pendant longtemps la rigueur des principes, et il faut arriver seulement au deuxième siècle de l'ère chrétienne pour voir la jurisprudence venir en aide aux *mandatores* par l'introduction du bénéfice de division qui fut, dans l'ordre chronologique, la seconde des faveurs dont ceux-ci furent successivement gratifiés.

Rappelons qu'une loi Furia, dans le but de restreindre le crédit des débiteurs, avait déjà porté une grave atteinte à la doctrine de la solidarité. Aux termes de cette loi, les *sponsores* et les *fidepromissores* n'étaient plus tenus *in solidum*; la division de la dette s'opérant de plein droit entre ceux qui existaient au jour de l'échéance, il s'établissait ainsi une répartition légale de la responsabilité collective. C'est du reste ce que nous apprend Gaius qui s'exprime ainsi: *sponsor et fidepromissor per legem Furiam liberantur, et quotquot*

1. Voir M. Gérardin, *Loc. cit.*

erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes deducitur inter eos obligatio, et singuli in viriles partes obligantur (C. III, § 121). D'où les deux conséquences suivantes : si l'un de ces *adpromissores* vient à payer plus que sa part, il pourra exercer la *condictio indebiti*; en outre le créancier est exposé à la plus *petitio*, s'il réclame à l'un d'eux une somme supérieure à sa part virile dans la dette. Remarquons qu'en ce qui concerne ces deux classes d'*adpromissores*, la loi Furia n'avait d'application qu'en Italie et que tous engagements contractés en dehors de ce pays restaient soumis aux règles du droit commun.

C'est ainsi qu'on voit de bonne heure la législation romaine essayer d'apporter certains adoucissements aux principes rigoureux qui, au début, régissaient la matière du cautionnement. Pour favoriser ce genre de garantie, à cause de son importance, il fallait améliorer le sort de la caution sans porter atteinte aux droits du créancier. Conçue avec une arrière-pensée politique, la loi Furia n'avait pas donné de bons résultats; car voulant faire une situation trop favorable aux *sponsores* et aux *fidepromissores* au détriment du créancier, elle avait manqué le but qu'elle se proposait d'atteindre¹. Aussi ne doit-on pas s'étonner si, au lieu de se borner à étendre cette loi aux fidéjusseurs, on fut obligé de créer un nouveau bénéfice en leur faveur.

La conciliation de ces intérêts opposés fut enfin faite par Adrien qui, tout en permettant aux fidéjusseurs de demander la division de la dette, introduisit deux correctifs qui vinrent atténuer ce que dans la loi Furia cette restriction légale avait de fâcheux et d'inique. D'un côté, la division s'opère non pas au jour de

1. Voir M. Appleton, *loc. cit.*

l'échéance et d'après le nombre des survivants, mais au moment de la *litiscontestatio* et d'après la solvabilité de chacun d'eux; de l'autre, la division n'a plus lieu *ipso jure*, mais doit être demandée par voix d'exception (l. 26 et 28, D. *de fidej.*).

Comme les cofidéjusseurs, les *comandatores*, tenus *in solidum*, pouvaient être individuellement forcés à désintéresser le créancier pour le tout; aussi avaient-ils un égal intérêt à se prévaloir du bénéfice de division.

Mais à quelle époque cette faveur leur fut-elle accordée? Faut-il en rattacher l'origine au rescrit d'Adrien? Telle est la question que nous devons nous poser. Si l'on en croit Justinien, ce bénéfice aurait été concédé en même temps aux *mandatores* et aux fidéjusseurs par l'*epistola divi Hadriani*, dont les termes très généraux se seraient appliqués aux uns et aux autres. *Quæ de periculo dividundo inter mandatores et fidejussores loquitur...* (l. 3, C. IV-18).

Cette affirmation peut être mise en doute, surtout en présence de la contradiction qu'elle rencontre dans la loi 7, D. 27-7. « Si, dit Papinien, des fidéjusseurs qui ont promis *rem pupilli salvam fore*, ont prié le créancier de discuter au préalable le tuteur, s'engageant à l'indemniser de tout ce que cette poursuite n'aurait pu lui procurer, celui-ci devra néanmoins, pour le surplus de sa créance, opérer la division entre tous les engagés accessoires solvables parce qu'ils ont pris les lieu et place des fidéjusseurs. C'est pourquoi si l'on est devenu créancier par suite d'un mandat donné par plusieurs, l'action sera encore divisée, car si l'on paie ce que l'on doit encore pour autrui, pourquoi la nature de l'action empêcherait-elle la divi-

sion ». Cette loi semble bien indiquer que les *mandatores* ne durent pas jouir de ce bénéfice en vertu du rescrit d'Adrien, car Papinien n'en aurait pas été réduit à justifier sa décision par des arguments d'analogie, si un texte législatif bien explicite eût déjà tranché la controverse. Tout porte donc à croire que ce fut par voie d'extension et grâce aux efforts de la jurisprudence que ce bénéfice leur fut concédé.

L'erreur de Justinien provient sans doute de ce qu'en ce qui concerne le bénéfice de division, les principes relatifs à la fidéjussion s'appliquaient tous au *mandatum*. Il faut en excepter cependant les règles de procédure qui naturellement étaient différentes en raison de la nature diverse de ces deux contrats.

Après avoir constaté l'extension de ce bénéfice au profit des *mandatores*, nous devons maintenant examiner à quelles conditions il leur était accordé et quels en étaient les effets.

Trois conditions sont nécessaires à l'exercice du bénéfice de division :

1° Il faut que ce soit un *mandator* qui oppose ce bénéfice à l'encontre d'autres *mandatores* ; 2° il faut que le *mandator* n'ait pas perdu ce bénéfice ou n'y ait pas renoncé ; 3° la division ne peut s'opérer qu'entre *mandatores* solvables.

1° *Il faut que ce soit un mandator qui oppose ce bénéfice à l'encontre d'autres mandatores.* — On appelle *comandatores* ceux qui sont tenus pour la même personne et pour la même somme. De cette définition il résulte que, pour avoir droit à ce bénéfice, il ne suffit pas de s'être porté garant de la même dette, il faut de plus être tenu *pro eodem*. A ce point de vue, on con-

sidère comme *comandatores* non seulement ceux qui ont accédé à l'engagement du débiteur principal, mais encore ceux qui ont garanti l'obligation de l'un des répondants, c'est-à-dire les certificateurs de caution.

Les textes renferment de nombreux exemples qui ne sont que la stricte application des principes que nous venons d'énoncer. Nous nous contenterons d'examiner l'hypothèse dont Papinien nous donne la solution en ces termes : « si, dit-il, deux *correi promittendi* ont fourni séparément des fidéjusseurs, le créancier n'est pas obligé de diviser ses actions entre tous les fidéjusseurs, mais seulement entre ceux qui ont répondu pour le même débiteur » (l. 51, § 2, D. h. t.). Si donc nous supposons que Primus et Secundus soient intervenus pour l'un des *correi*, tandis que l'autre a fourni deux répondants, Tertius et Quartus, le créancier sera tenu d'opérer la division, non entre tous les fidéjusseurs, mais seulement entre ceux qui se sont obligés pour le même *correus*. Cependant rien n'empêcherait que le créancier fractionnât sa créance et qu'agissant *pro parte*, il pût poursuivre chacun des garants pour un quart. D'ailleurs ceux-ci ne seraient pas fondés à se plaindre, puisqu'il leur est demandé une somme inférieure à leur part virile dans la dette. *Plane si velit actionem suam inter omnes dividere non erit prohibendus.*

Nous devons faire remarquer que cette loi, ainsi que beaucoup d'autres, ne vise absolument que le cas d'un engagement accessoire, formé *verbis*; mais en raison de l'identité de principes qui régissent ces deux contrats, nous croyons néanmoins devoir nous servir de ces divers textes à l'appui de notre thèse.

En ce qui concerne les certificateurs d'un même fidéjusseur, Ulpien fait plusieurs applications de la règle qui veut que la division ne puisse être accordée qu'à ceux qui se sont engagés *pro eodem* (l. 27, § 4, D. h. t.). Il suppose d'abord qu'un fidéjusseur a fourni un certificateur de caution (*fidejussor fidejussoris*) et il conclut que ce dernier ne pourrait demander la division vis-à-vis du répondant principal. — En effet celui-ci, dit le jurisconsulte, peut être considéré, par rapport au sous-fidéjusseur, comme étant aux lieu et place du débiteur principal, *enim loco rei est*; et il est évident que dans cette situation le fidéjusseur ne pourrait exiger que les poursuites fussent divisées entre lui et le principal obligé.

Arrivant à une seconde hypothèse, Ulpien suppose qu'un certificateur a été fourni par Primus cofidéjusseur de Secundus. — Dans ce cas, la solution serait la même si le sous-fidéjusseur demandait la division vis-à-vis de Primus; mais le jurisconsulte admet qu'il pourra invoquer le bénéfice par rapport au répondant de celui pour lequel il est intervenu. — Toutefois Ulpien n'est pas très affirmatif et il semble se décider en ce sens par le même raisonnement d'analogie qu'il faisait dans le paragraphe précédent. — En effet, si le fidéjusseur doit être considéré comme mis aux lieu et place du débiteur, il semble que de son côté le certificateur doit jouer le rôle de fidéjusseur principal et pouvoir demander la division du chef de ce dernier.

Mais il peut se faire que des *mandatores* ou des fidéjusseurs se soient engagés à des époques différentes ou sous diverses modalités; ceux-ci n'en seront pas moins fondés à se prévaloir du rescrit d'Adrien, car

abstraction faite de la date de leurs engagements, ils sont tous intervenus pour la même dette et en faveur du même débiteur. *Non diversarum stipulationum fidejussores sunt* (l. 43, D. h. t.).

Ainsi, d'après Ulpien, on peut appeler à juste titre cofidéjusseurs tous ceux quise sont obligés *pro eodem*, malgré que leurs obligations n'aient pas la même étendue. Telle est la solution que nous trouvons consacrée dans la loi 27 pr. D. h. t, qui prévoit les deux hypothèques suivantes :

a. Un fidéjusseur est obligé pure, tandis que l'engagement de l'autre n'a été contracté que sub conditione.

— Dans ce cas, le bénéfice de division n'en existera pas moins, au profit du premier, même avant l'arrivée de la condition. Mais si la condition vient à faire défaut ou si le second fidéjusseur devient insolvable, il y aura lieu alors à une restitution en faveur du créancier qui pourra s'adresser au premier pour le surplus.

b. Supposons maintenant que l'un des deux engagements ait été contracté à terme; il est évident, bien que la difficulté ne soit pas prévue par le texte, qu'à plus forte raison le bénéfice pourra être réclamé par ceux qui, obligés pure, auraient été poursuivis avant l'échéance.

2° *Il faut que le mandator n'ait pas perdu ce bénéfice ou n'y ait pas renoncé.* — Il existe certains répondants auxquels la faveur accordée par le rescrit d'Adrien n'a pas été étendue. Dans ce nombre nous devons comprendre tous ceux qui se sont engagés accessoirement à une tutelle, en promettant *rem pupilli salvam fore*. Telle est la solution qui nous est donnée par Papinien dans la loi 12, D. 46-6, où il décide que

le pupille ne sera pas obligé de diviser son action entre tous les fidéjusseurs fournis par son tuteur.

Le pupille a toujours eu une situation plus favorable qu'un créancier ordinaire ; aussi convient-il ici de ne pas le priver des protections dont il n'a jamais cessé d'être entouré. Au surplus le créancier qui souvent a choisi lui-même les répondants de son débiteur, a dû tenir compte de la solvabilité personnelle de ses obligés accessoires, en raison de la division éventuelle de la créance. Le pupille, au contraire, qui n'a joué aucun rôle au contrat, qui n'a pas été libre d'agréer ou de refuser les fidéjusseurs, doit avoir, si l'on veut que la garantie ne soit pas dérisoire, la même puissance d'action contre chacun d'eux. Papinien ajoute encore à l'appui de sa décision cet autre motif, c'est que relativement à une obligation dont la cause est unique, le mineur se trouverait dans la nécessité d'engager plusieurs instances auprès de juges différents, ce qui pourrait amener d'ailleurs une contrariété de jugements.

Dans un autre texte cependant nous voyons le bénéfice de division sollicité et obtenu par les fidéjusseurs du tuteur (l. 7, D. 27-7). Doit-on en conclure qu'il existe une contradiction sur ce point ? Ce n'est guère vraisemblable, car les deux textes émanent du même jurisconsulte et il est peu probable que celui-ci ait eu en vue, dans ces deux lois, une hypothèse identique, alors qu'il donne des solutions aussi opposées. Examinons donc quelle est l'espèce qui a été exactement prévue par la loi 7. Il s'agit de fidéjusseurs fournis à l'occasion d'une tutelle qui, sur le point d'être poursuivis s'adressent au pupille devenu pubère *adolescens* et le prient de discuter préalablement le débiteur prin-

cial, le tuteur, s'engageant à lui fournir, sous forme d'indemnité, le reliquat de sa créance. *Se reddituros quod ab eo servari non potuisset.*

N'étant pas désintéressé complètement par le tuteur, l'ex-pupille se retourne contre l'un des fidéjusseurs. Voici la difficulté qui se présente : ce fidéjusseur pourra-t-il dans cette hypothèse invoquer le bénéfice de division ? Papinien n'hésite pas à se prononcer dans le sens de l'affirmative. En effet, les fidéjusseurs ne sont plus tenus en tant qu'ils ont promis *rem pupilli salvam fore*, mais en vertu d'un second contrat qui s'est substitué au premier. Or, comme la convention intervenue entre le fidéjusseur et l'ex-pupille a eu lieu postérieurement à la cessation de la tutelle, il en résulte que les règles protectrices du mineur doivent cesser de s'appliquer. Devenus ainsi de simples obligés accessoires, ils seront fondés à se prévaloir de la faveur dont parle le rescrit.

Le procédé qui a été employé par les fidéjusseurs a beaucoup d'analogie avec cet expédient qui se trouve mentionné au § 2, Inst. de Justinien, *de Mandato*. Ce texte suppose également qu'un fidéjusseur, menacé de poursuites par le créancier, donne mandat à celui-ci d'agir d'abord contre le débiteur principal. Ce mandat est dans l'intérêt du fidéjusseur en ce sens qu'il lui permet, si le débiteur est solvable, de ne pas faire l'avance de la dette ; mais il ne cause non plus aucun préjudice au créancier, puisque celui-ci, par l'action *mandati contraria*, aura un recours efficace contre son mandant. La loi 7 suppose que le recours du créancier dérive non pas d'un contrat consensuel, mais d'une stipulation ; sauf cette légère

différence de forme, les deux hypothèses sont semblables. Or, si l'on accorde le bénéfice de division dans l'hypothèse d'un *mandatum*, il n'y a pas de raison pour la refuser dans notre espèce. C'est du reste ce que fait très bien ressortir Papinien : *Nam et si mandato plurium pecunia credatur æque dividitur actio: si enim quod datum pro alio solvitur, cur species actionis æquitatem divisionis excludit?*

D'autre part, on rencontre certains cas où ce bénéfice est perdu par le fait même de ceux qui légalement auraient été fondés à se prévaloir de leurs qualités de *comandatores*. L'une de ces principales causes de déchéance se trouve en cas d'*infitiatio*. On sait en effet que les Romains se montraient très hostiles à l'esprit de chicane et frappaient de peines sévères tous ceux qui s'engageaient à la légère dans un procès téméraire. C'est ainsi que dans certaines actions le débiteur qui niait la dette devait être condamné au double. Aussi ne doit-on pas s'étonner si la division ne peut s'opérer relativement à une créance dont l'existence est contestée (l. 10, § 1, D. h. t.).

Mais dans l'espèce, cette peine ne doit atteindre que ceux dont la dénégation a été faite de mauvaise foi, car il peut arriver que la résistance du défendeur soit justifiée même en cas de condamnation, surtout si l'on suppose que le créancier se trouve en présence d'héritiers d'un répondant, lesquels peuvent fort bien ignorer l'engagement de leur auteur.

Cette déchéance montre bien que l'exception de division ne touche par aucun côté à l'ordre public; or, s'il en est ainsi, rien n'empêchera ceux à qui compete ce bénéfice de le perdre par un effet de leur propre volonté, c'est-à-dire à la suite d'une renoncia-

tion. Lorsque le créancier se refusera à recevoir des paiements divisés, il faudra que la renonciation dont il arguë soit expresse, car en l'absence d'exécution volontaire de la part du répondant, cette renonciation ne saurait se présumer. Telle est, du moins, la solution qui semble ressortir de la loi 3, au Code, *de fidej.*, où Sévère et Antonin ont à se prononcer sur l'espèce suivante : Dans la stipulation qui lie deux fidéjusseurs se trouvent ces mots, « que chacun d'eux sera tenu pour le tout, *in solidum* ».

La difficulté est celle-ci : l'insertion de cette clause implique-t-elle renonciation au bénéfice de division ? Malgré cet engagement formel, les empereurs se prononcent pour la négative et voici les raisons qu'ils nous donnent à l'appui de cette décision : « Bien que vous prétendiez que chacun des fidéjusseurs s'est engagé solidairement (*singuli in solidum tenerentur*), cela ne déroge en rien aux règles ordinaires du droit et à la constitution d'Adrien. Car, en l'absence de cette clause, ils n'en seraient pas moins tenus solidairement et rien n'aurait empêché leur obligation de se diviser si chacun avait été solvable. »

Ici l'intention des parties ne s'est pas manifestée assez clairement, pour qu'on puisse s'écarter de la lettre du rescrit. Mais la renonciation a-t-elle besoin d'être exprimée formellement ou au contraire ne pourrait-elle pas s'induire de certaines circonstances de fait, comme par exemple, du paiement de l'intégralité de la dette ? Si le *mandator* a soldé volontairement le montant de la créance, il est bien certain que nous nous trouvons en présence d'un cas de renonciation tacite. Mais si, au contraire, nous supposons un paiement fait par erreur, la présomption

de renonciation n'existant plus, devons-nous alors décider que le *solvens* pourra répéter tout ce qui dépasse sa part virile dans la dette ? Nullement ! car à la différence de ce qui se produit pour les héritiers d'un même débiteur, la division ne s'opérant pas de plein droit, il en résulte que celui des *mandatores* qui a payé la totalité de la dette n'a pas payé ce qu'il ne devait pas (l. 49, § I, D. h. t.). Il y a donc là pour le créancier un fait acquis sur lequel il est impossible de revenir. En vertu des mêmes principes, le *mandator* qui a acquitté seulement une partie de la dette, sans invoquer le bénéfice de division, reste tenu du surplus dans la même mesure qu'il l'était auparavant de la totalité. Cependant Papinien, par un motif d'humanité, lui accorde une exception dans le cas où les autres garants sont restés solvables. *Sed humanius est, si et alter solvendo sit litiscontestationis tempore per exceptionem ei qui solvit, succurri* (l. 51, § 1, D. h. t.).

3° *La division ne pourra s'opérer qu'entre mandatores solvables.* — Pour que le créancier ne soit pas constitué en perte par l'exercice du bénéfice, il est de toute nécessité que la division ne s'opère qu'entre les *mandatores* qui ont été reconnus solvables au jour de la *litiscontestatio*. Il en résulte qu'à partir du jour où la formule a été délivrée, les *mandatores* ne sont plus garants les uns des autres de telle sorte que l'insolvabilité survenue après cette époque retombe à la charge du créancier ; aussi ce dernier a-t-il tout intérêt à agir dans le plus bref délai contre chacun de ceux à qui compète le bénéfice de division ¹.

Mais comment doit-on apprécier la solvabilité de

1. L. 51, §§ 1 et 4, D. h. t., l. 16, C. 8-41.

la caution ? Tout d'abord il est un cas qui ne présente aucune difficulté, c'est celui où un sous-fidéjusseur a été fourni. Dans cette hypothèse, il est bien évident que, pour déterminer la responsabilité pécuniaire de la caution, on devra faire entrer en ligne de compte non seulement sa fortune personnelle, mais aussi celle du répondant subsidiaire (l. 27, § 2, D. h. t.).

Mais la division ne pouvant s'opérer nécessairement qu'entre personnes contre lesquelles on peut exercer des poursuites, il s'ensuit que, dans l'appréciation dont nous parlons, l'incapacité de l'un des *mandatores* produira des effets analogues à son insolvabilité. C'est pourquoi si, au nombre des *mandatores*, se trouve une femme dont l'engagement est annulé par le S.-C. Velléen, les autres répondants ne pourront réclamer la division vis-à-vis d'elle, car ils n'ont jamais dû espérer faire peser sur celle-ci tout ou partie de la dette (l. 48, pr., D. h. t.).

Le paragraphe suivant de la loi 48 qui vise le cas où l'un des fidéjusseurs a obtenu la *restitutio in integrum ob ætatem*, a fait l'objet de nombreuses controverses. En effet deux hypothèses sont à envisager : celle où le mineur n'a contracté qu'après ses corépondants, et celle où il s'est engagé en même temps qu'eux. Papinien ne prévoit que la première hypothèse et il décide que le fidéjusseur majeur ne pourrait demander la division de l'obligation, parce qu'il ne faut pas que la restitution du mineur puisse nuire au créancier. D'ailleurs cette solution n'a rien d'injuste, car le répondant majeur s'étant engagé le premier, il n'a pas dû compter que quelqu'un viendrait partager sa responsabilité et par suite il a seul assumé le fardeau de la dette.

SECTION III

DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION.

En principe le créancier avait la plus entière liberté dans le choix des poursuites qu'il pouvait diriger à son gré, soit contre le principal obligé, soit contre le débiteur accessoire. Bien plus il n'était pas obligé de faire vendre les gages fournis par le débiteur, ou les biens par lui hypothéqués, avant de s'attaquer aux divers répondant.

Nous avons déjà fait remarquer que, en ce qui concerne la fidéjussion, cette rigueur du droit n'était que la conséquence implicite et nécessaire des principes généraux qui dominaient toute la procédure romaine. Ici l'effet extinctif de la *litis contestatio*, joint à ce principe que l'obligation de tous les débiteurs était identique quant à son objet, produisait cet étrange résultat qu'une fois l'action délivrée contre l'un d'eux, l'insolvabilité de celui-ci restait à la charge du créancier qui n'avait plus aucune voie de recours contre l'autre obligé. Nous indiquerons un peu plus loin la cause de cette particularité propre à la législation que nous étudions.

Constatons toutefois que cette règle était manifestement contraire à la volonté du créancier ainsi qu'à celle du fidéjusseur. En effet, le créancier, en faisant engager un fidéjusseur, avait manifesté le désir d'avoir deux débiteurs, et l'obligation où il était d'opter, ne lui en laissait plus qu'un seul. Quant au fidéjusseur qui n'est engagé qu'accessoirement, on comprend fort

bien qu'il n'ait entendu être poursuivi qu'après discussion préalable du débiteur principal.

Au contraire, lorsqu'il s'agissait du *mandatum pecuniæ credendæ*, contrat dans lequel l'obligation du garant n'avait pas le même objet que celle du garanti, la *litiscontestatio* ne pouvait amoindrir en aucune façon les droits du créancier qui avait toujours la faculté d'agir pour le surplus contre celui de ses obligés qui n'avait pas été l'objet des premières poursuites. Puisque les principes ne s'y opposaient pas, il eût donc été équitable de soustraire le *mandator* à toute atteinte tant que l'insolvabilité du débiteur n'aurait pas été démontrée. S'il en fut autrement, il faut attribuer cette singularité à la tendance marquée de la législation romaine à entourer de restrictions étroites et arbitraires les diverses formes de cautionnement ¹.

Toutefois la pratique et la jurisprudence avaient imaginé certains expédients qui permettaient d'obvier aux inconvénients que nous venons de signaler. Avant d'aborder l'étude de la réforme opérée par Justinien, il n'est pas inutile de se reporter en arrière et d'examiner rapidement quels étaient les procédés employés. On sait que les pactes ajoutés *in continenti* à un contrat de bonne foi font corps avec ce contrat dont la substance s'altère au contact de clauses modificatives désormais obligatoires entre les parties. Il en résulte donc que ces pactes qui toujours ont précédé la convention à la conclusion de laquelle ils n'ont pas été souvent étrangers, se trouvent sanctionnés par l'action même du contrat, lorsqu'ils ont pour but d'atténuer ou d'augmenter les obligations de l'une

1. V. Savigny. *Droit des obligations*, traduit par MM. Gérardin et Jozon. T. I, p. 303.

des parties. Les Romains avaient ainsi à leur disposition un moyen commode d'adoucir les principes rigoureux du mandat. Remarquons toutefois qu'on ne pouvait, grâce à ce procédé, aggraver la situation du répondant, parce qu'on aurait violé de la sorte cette règle propre à l'essence du cautionnement, à savoir qu'il est interdit à la caution de s'engager *in duriores causam*.

Nous ne saurions examiner toute cette série de pactes qui variaient à l'infini et produisaient des effets plus ou moins restrictifs, selon que l'influence de l'un ou de l'autre des cocontractants était plus ou moins prédominante. Deux conventions de cette nature se rencontraient souvent dans le mandat ; celles-ci seules feront l'objet de notre étude.

D'une part, les parties pouvaient convenir que le *mandator* ne pourrait être obligé que dans le cas et dans la mesure où le débiteur principal n'aurait pu acquitter la dette (l. 19, C. 8-41). Quelle est alors la portée de la clause *quanto minus a reo servari poterit*, ajoutée à l'engagement du garant ? Cette clause rend l'obligation du garant conditionnelle en la soumettant à la preuve de ce fait : l'insolvabilité du débiteur. Aussi le créancier ne peut-il poursuivre le *mandator* avant d'avoir discuté le débiteur, puisque ce n'est qu'après cette discussion qu'il sera tenu, si la condition se réalise. La mesure de l'insolvabilité du débiteur fixera ainsi le *quantum* de cette obligation, si elle vient à prendre naissance.

D'autre part, si nous supposons que des sûretés réelles ont été fournies, le répondant pourra, par une convention spéciale, ne s'engager qu'accessoirement et pour le cas seulement où celles-ci ne suffi-

raient pas à désintéresser le créancier ¹. Cette clause avait pour but de limiter la responsabilité de la caution à l'excédent de la dette sur les objets vendus. Bien que les textes indiqués en note ne visent que l'hypothèse d'une fidéjussion, il faut étendre à *fortiori* cette solution au mandat qui appartient à la classe des contrats de bonne foi, dans lesquels la validité des pactes adjoints *in continenti* n'a jamais été contestée.

La question fut longtemps douteuse lorsqu'il s'agissait de pactes insérés dans une stipulation.

En effet, le créancier qui a un débiteur et un ou plusieurs fidéjusseurs, n'est créancier que d'une *res*, et quelle que soit l'issue du litige engagé il sera dans l'impossibilité de produire à nouveau son droit d'action qui se trouvera épuisé en vertu de la règle : *bis de eadem re non est actio*. Cette rigueur de la *litiscontestatio* rappelle tout ce faisceau d'institutions que la législation romaine avait créées en vue de prévenir les contestations et d'en hâter la solution lorsqu'elles avaient pris naissance. A cette époque, l'intérêt général commandait d'étouffer autant que possible toutes sources de discordes. Or le procès, comme le fait fort bien remarquer M. Gérardin, « c'est la guerre privée régularisée : surtout dans une société peu avancée il suscite et entretient les haines qu'il faut éviter à tout prix². » Il s'ensuit que dans cet ordre d'idées l'effet produit par la *litiscontestatio* ayant pour but et pour résultat de terminer les procès, il devait être interdit de se soustraire aux conséquences de cette règle de droit, par l'insertion d'une clause contraire.

1. L. 17, C. de *fidēj.*; ll. 52 et 63. D. de *pdej.*

2. V. *Etude sur la solidarité*, p. 19.

Cependant peu à peu, grâce au progrès de la jurisprudence, ce principe tout d'abord fondamental dans le système judiciaire perdit de son importance et son application put être écartée à l'aide de certains expédients imaginés par la pratique. C'est ainsi que l'on rencontre dans la matière de la fidéjussion deux procédés destinés à éluder les règles du formalisme romain, la *fidejussio indemnitis* et le mandat dans l'intérêt du mandant et du mandataire, procédés sur lesquels nous n'avons pas à nous étendre. A l'époque où l'efficacité des pactes adjoints *in continenti* à un contrat de droit strict ne fut plus discutée, les parties purent alors avoir recours à un troisième expédient qui consistait à convenir au moment de la stipulation, que l'obligation des divers débiteurs survivrait à la poursuite dirigée contre l'un d'eux et ne serait éteinte que par le paiement effectif. Cette convention devint d'un usage si journalier que, dans sa double réforme, l'abolition de l'effet extinctif de la *litiscontestatio* et la création du bénéfice de discussion, Justinien ne fit que sous-entendre une clause désormais devenue de style, mettant ainsi, comme l'a fort bien dit un auteur, « la loi en harmonie avec les faits »¹.

Remarquons que, dans la fidéjussion, le pacte qui obligeait le créancier à discuter préalablement le débiteur, était à la fois dans l'intérêt du créancier et dans celui de la caution, tandis que, dans le *mandatum*, le répondant profitait plus spécialement de cette convention accessoire, puisque, d'après les principes que nous avons exposés, la poursuite dirigée contre le débiteur principal n'avait pas pour effet d'épuiser les droits du créancier contre le *mandator*.

1. V. Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 364 et note.

Nous arrivons maintenant à l'étude du bénéfice de discussion tel qu'il a été organisé par la novelle IV de Justinien.

Cette novelle fait allusion à une *lex antiqua* qui, d'après cet empereur, aurait établi, à une époque très reculée, le bénéfice de discussion, lequel serait ensuite tombé en désuétude. Rien ne prouve cette assertion et nulle part on ne trouve de traces de cette *lex antiqua*.

Des auteurs, comme Cujas, ont prétendu que cette loi n'était autre que la loi des XII tables ; d'autres, comme Pothier, ont soutenu que Justinien avait en vue le bénéfice de discussion qui à titre exceptionnel aurait été accordé aux fidéjusseurs du débiteur du fisc. Toutes ces conjectures n'ont absolument aucun fondement, car, d'une part, les fragments de la loi des XII tables ne nous montrent aucune institution qui ait quelque analogie avec le bénéfice de discussion, et, d'autre part, on ne voit aucun texte qui puisse accorder ce bénéfice aux fidéjusseurs fournis au fisc. En faveur de la deuxième opinion, on a invoqué la loi 4, C. IV-15, qui s'exprime ainsi : *non prius ad eos, qui debitoribus fisci nostri sunt obligati, actionem fiscalem extendi oportere, nisi patuerit principales reos idoneos non esse, certissimi juris est*. Le sens de cette loi est très clair ; il ne s'agit pas ici des cautions des débiteurs du fisc, mais des propres débiteurs de ces derniers.

Cela signifie que le fisc ne peut opérer la saisie des droits de créance de son débiteur et les faire valoir en son nom, qu'après avoir fait vendre tous ses autres biens. Ce texte indique la procédure à suivre dans la saisie et la vente des biens d'un même débiteur, mais

il ne semble pas démontrer que le fisc ne pourra s'adresser au répondant qu'après avoir fait constater l'insolvabilité du principal obligé.

Malgré les doutes qui subsistent sur l'origine de ce bénéfice, il n'en est pas moins certain que la discussion pouvait être demandée par toutes les cautions, quelle qu'ait été la forme de leur engagement. Toutefois le créancier ne perdait son droit d'option qu'autant que l'exception résultant du bénéfice était invoquée expressément et avant toute défense au fond, c'est-à-dire *in limine litis*. En effet, ici le *mandator* n'élevait pas de contestation sur le droit du créancier mais simplement sur l'opportunité de la poursuite. De plus il est nécessaire que le débiteur principal soit présent. En cas d'absence, le juge fixe un délai au *mandator* pour le faire comparaître et, passé ce délai, l'instance pourra suivre son cours.

Ce bénéfice présentait cet avantage de mesurer exactement la responsabilité de la caution au degré d'insolvabilité du débiteur et de la dispenser souvent de faire l'avance inutile de tout ou partie de la dette. Il en résulte qu'à partir du moment où la discussion a été demandée tous les risques demeurent désormais à la charge du créancier qui devra seul supporter les conséquences des retards et des lenteurs qu'il aura mis à poursuivre.

Par exception les *argentarii* ne pouvaient profiter de ce bénéfice. Ainsi la discussion qui était opposable aux banquiers leur était refusée lorsqu'ils s'engageaient comme garants. La corporation fit des démarches auprès de Justinien, le suppliant de les faire rentrer dans les termes du droit commun. Voici quelle fut à cet égard la réponse du prince :

« La faculté de demander la discussion est un privilège accordé par la loi et il est toujours permis de renoncer à une faveur. Dans ces conditions, faites avec les répondants une convention par laquelle ceux-ci renonceront à se prévaloir de la discussion et vous pourrez ensuite agir indistinctement contre les divers obligés. » Novel. 136 *præf.* et *Chap. I.*

D'où cette conséquence que toute caution avait le droit de renoncer à cet avantage de la loi.

Cependant il est encore un cas où le répondant ne pourrait pas user du bénéfice de discussion, c'est celui où le débiteur principal n'est tenu que d'une obligation naturelle. Ici le cautionnement produit des effets plus étendus que l'engagement du débiteur, car autrement il aurait fallu lui dénier toute valeur.

Justinien, dans le chap. II de la nouvelle IV, nous indique que le tiers détenteur aurait aussi le droit d'invoquer le bénéfice de discussion et d'exiger que le créancier hypothécaire fit vendre tout d'abord tous les autres biens du débiteur avant de s'adresser à lui. En outre, si nous supposons la coexistence de sûretés réelles et personnelles, les acquéreurs des biens hypothéqués seront à l'abri de toutes poursuites tant que l'insolvabilité des répondants n'aura pas été démontrée.

Le bénéfice, dont nous venons de nous occuper, n'est pas passé dans notre droit sans subir certaines modifications. A l'époque des Coutumes, il était vu avec défaveur. Aussi la renonciation à ce bénéfice était-elle devenue de style. Le législateur moderne, en donnant asile à ce bénéfice, a cru devoir le soumettre à de nouvelles conditions destinées à sauvegarder davantage les droits du créancier. C'est ainsi que la cau-

tion est obligée de faire l'avance des frais et d'indiquer les biens à discuter. Il en résulte que de cette façon le créancier ne peut se plaindre, comme autrefois, que l'exercice de cette faculté par la caution est de nature à lui causer un certain préjudice.

CHAPITRE IV

EXTINCTION DU MANDATUM

Les diverses causes qui font disparaître l'obligation du *mandator* peuvent prendre naissance soit en la personne de celui-ci, soit en la personne du débiteur principal. Dans le premier cas, la libération du répondant s'opère directement par les procédés ordinaires d'extinction des obligations, tandis que dans le second, elle ne se produit qu'incidemment, à la suite de la disparition de la dette principale.

Parmi ces faits libératoires, les uns résultent de l'anéantissement de la personne civile qui se trouve être le sujet passif de l'obligation; les autres, au contraire, et ce sont les plus nombreux, portent sur l'objet même de la créance. Disons tout d'abord quelques mots de ce premier mode de libération qui est tout particulier à la législation que nous étudions.

On sait qu'à Rome l'obligation constituait une relation purement personnelle dont les termes ne pouvaient être modifiés, sans briser le lien de dépendance qui existait entre les parties. Ce résultat se présente notamment dans l'hypothèse d'une *capitis deminutio* qui a pour effet de faire disparaître ou de transformer la personne juridique qui en est l'objet. Mais

cette espèce de changement d'état, s'il peut soustraire le débiteur aux poursuites, ne porte aucune atteinte à la dette elle-même qui ne va disparaître que par l'un des modes ordinaires d'extinction des obligations. Toutefois cette règle comporte une exception pour les dettes nées *ex delicto* qui, on le sait, peuvent être mises à la charge de tout individu, alors même qu'il serait dépourvu de toute capacité juridique, car ces dettes s'attachaient plutôt à la personne naturelle qu'à la personne civile du délinquant.

Mais la *maxima* et la *media capitis diminutio* qui entraînent pour le débiteur condamné la perte de ses biens, ne laissent pas le créancier complètement désarmé pour arriver au paiement de ce qui lui est dû. En effet celui-ci avait le droit, par voie d'actions utiles, de s'adresser au *dominus* ou au fisc qui ne pouvaient se faire attribuer les biens du condamné qu'à charge d'acquitter ses dettes jusqu'à concurrence de l'émolument recueilli¹.

Cependant, si une grâce survenait, avec remise totale des biens, cette mesure produisait absolument tous les effets du *postliminium* et rendait ainsi toute leur énergie aux actions directes que le créancier avait précédemment contre le principal obligé. Ainsi accordée, la grâce était indivisible pour le condamné qui ne pouvait échapper pour partie aux conséquences de la restitution dont il avait bénéficié, de sorte qu'il lui était impossible de faire l'abandon de son patrimoine en vue de se soustraire à l'acquittement de ses dettes².

De plus l'objet de l'obligation n'ayant pas disparu,

1. L. 7, § 2, D. *de cap. minut.*; I. 11, D. 49-14.

2. L. 3, D. 48-23; II. 3 et 4, C. 9-51.

tous les autres coobligés ne seront pas dégagés et resteront tenus, comme par le passé, envers le créancier, l. 20, C. *de fidej.* A plus forte raison si la libération se produisait dans la personne de l'un des répondants ; elle ne saurait entraîner celle des autres à l'égard desquels elle ne produirait aucun effet.

En ce qui concerne la *capitis deminutio minima*, celle-ci se trouvait rescindée, grâce à une restitution prononcée sans examen préalable par le préteur dont l'édit fournissait ainsi aux poursuivants une action prétorienne ayant la même efficacité que l'action directe (l. 2, § 1. D. *cap. minut.*).

Parmi les autres causes d'extinction des obligations qui celles-là affectent l'existence même de la créance dont elles font disparaître l'objet, les unes opèrent *ipso jure*, les autres *exceptionis ope*. Ces derniers faits libératoires sont les plus importants, aussi devons-nous examiner rapidement chacun d'eux.

I. Modes d'extinction opérant *ipso jure*.

A. *Paiement et acceptilatio*. — L'*acceptilatio* qui contient en elle-même l'aveu d'un paiement réel ou fictif, produit absolument tous les effets de ce dernier genre de libération.

Le paiement fait par le *mandator* entraîne extinction de l'obligation de celle-ci, mais il laisse subsister l'engagement du débiteur principal qui pourra être atteint par le recours du *solvens* armé des actions du créancier. Si c'est au contraire le débiteur qui a été poursuivi et a payé, il faut encore dire que le *mandator* sera complètement libéré. En effet le répondant doit une chose indéterminée, l'indemnité du préjudice

causé par l'exécution du mandat, c'est-à-dire un *incertum*. Or pour déterminer le montant de cette indemnité, le juge dont les pouvoirs sont très étendus dans une instance régie par les règles de l'équité et de la bonne foi, sera obligé de rechercher si un paiement a été fait par le débiteur et dans quelle mesure il l'a été. Il s'ensuit qu'en présence d'un paiement total, le juge qui ne doit accorder que la juste réparation du dommage souffert, ne pourrait prononcer aucune condamnation.

B. *Datio in solutum*. — Lorsque le créancier recevait en paiement un objet différent à celui de l'obligation principale, il n'est pas douteux que cette *datio* faisait disparaître l'engagement du *mandator*. En cas d'éviction le créancier avait contre le débiteur un recours sur la nature duquel existait une grave controverse qui divise encore les auteurs modernes.

D'après Marcien, le créancier victime de l'éviction pourrait agir par l'ancienne action du contrat qui recouvrerait toute sa puissance, de telle sorte que la situation du débiteur ne s'étant pas modifiée, toutes les garanties réelles ou personnelles qui subsistaient au début, pourraient produire leur plein et entier effet contre ceux qui les ont consenties (l. 46, pr. et § 1, D. *de sol.*).

Ulpien, au contraire, n'accorde pas au créancier l'action primitive qui est éteinte définitivement, mais l'action *utilis ex empto*, parce que, d'après lui, le créancier n'est en réalité que l'acquéreur de la chose donnée en *datio* pour un prix égal au montant de ce qui lui était dû. Ce système produit les conséquences inverses à celles que nous venons d'indiquer précé-

demment, à savoir que toutes les sûretés accessoires consenties à l'appui de l'ancienne dette s'évanouissent avec celle-ci (l. 24, pr. D. 13-7).

On a essayé, mais en vain, de concilier toutes ces divergences de textes qui marquent la tendance bien connue de deux écoles adverses, les Sabinien et les Proculien. Il est bien difficile d'indiquer laquelle de ces deux opinions l'a emporté, car l'une et l'autre se trouvent consacrées au Code. Cependant la doctrine de Marcien, comme le fait fort bien remarquer M. Accarias, paraît mieux répondre à l'exactitude des principes, tandis que celle d'Ulpien s'inspire davantage de l'intérêt des tiers qui ont pu penser que le créancier n'avait pas agi à la légère ¹.

C. *Perte de la chose due*. — La question ne peut se poser que lorsqu'il s'agit d'obligations de corps certains; car l'épuisement d'un genre étant juridiquement impossible, la prestation promise pourra toujours être exigée malgré la difficulté qu'il pourrait y avoir à la fournir. Si donc nous supposons une dette de corps certain, la perte de la chose due survenant par cas fortuit entraînerait la libération de tous les débiteurs, principaux ou accessoires, dont l'obligation s'évanouit faute d'objet. Il en serait tout autrement si l'événement arrivait par la faute du débiteur ou après sa mise en demeure. L'obligation qui est alors perpétuée à l'égard du débiteur, ne produit pas moins ses effets à l'encontre du *mandator* qui ne peut échapper par un fait indépendant de la volonté du créancier aux conséquences de son engagement. *A fortiori* la même solution s'appliquerait-elle aux répondants si l'objet de la dette avait péri par leur pro-

1. Voir M. Accarias *loc. cit.* t. II, n° 691.

pre fait ou *post moram mandatoris* (l. 19, D. 4-3, l. 91, § 4, D. XLV-1).

D. *De la confusion*. — L'obligation qui établit un rapport entre deux personnes distinctes dont l'une peut exiger une certaine prestation de l'autre ne peut subsister lorsqu'il y a réunion sur la tête du même individu de deux qualités opposées. La confusion a des effets plus ou moins pleins, suivant les situations différentes dans lesquelles elle se produit, aussi importe-t-il d'examiner séparément les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

1° *Cumul des qualités de débiteur et de créancier*. — Ici la confusion équivaut au paiement ; lorsque c'est le créancier qui succède, il est censé recevoir le montant de ce qui lui est dû, de même que le débiteur serait réputé recueillir une hérédité plus importante à raison de sa libération. Bien qu'à la suite de cet événement l'action restait inefficace quant au droit de poursuite, le bénéfice de la créance ou la charge de la dette n'en exerçaient pas moins dans notre espèce une certaine influence, puisque le débiteur était obligé d'imputer sur sa *quarte falcidienne* tout ce qu'il devait à la succession (l. 1, § 18, D. *ad. leg. falcid.*).

Comme mode d'extinction des obligations, la confusion qui fait disparaître l'objet même de la dette, opère *ipso jure*, c'est-à-dire qu'elle anéantit totalement toutes les sûretés réelles ou personnelles attachées à la créance. En ce qui concerne les *mandatores*, c'est là une application de cette règle qui veut que l'accessoire ne puisse survivre au principal. Les textes invoquent encore à l'appui de cette solution cet autre motif, c'est que *nemo potest apud eundem*

pro ipso obligatur esse. Or il est bien évident que le recours qui compète au répondant aurait pour conséquence de paralyser l'action du poursuivant. Ce résultat se produirait même dans le cas où le *mandator* se serait porté garant d'une obligation dont le paiement ou les risques auraient pu rester définitivement à sa charge ¹.

2° *Cumul des qualités de débiteur accessoire et de créancier*. — Lorsque le *mandator* succède au créancier, son obligation se trouve éteinte, car nul ne peut être caution de sa propre créance (l. 21, § 3, D. h. t.). Mais ici il ne fallait pas assimiler la confusion à un véritable paiement, puisque certains rapports juridiques pouvaient subsister. La confusion amenait seulement une impossibilité d'agir dont les conséquences étaient limitées à ceux sur la tête desquels elle se produisait directement. Toutes personnes dont l'obligation était indépendante de celle atteinte par confusion, restaient tenues comme par le passé, même après la disparition de l'engagement du répondant. C'est ainsi que le débiteur, malgré l'anéantissement du mandat, ne pourra échapper à l'action née du contrat (l. 21, § 5, D. h. t.). Ici la confusion ne peut avoir aucune influence sur les rapports du créancier avec son débiteur.

3° *Cumul des qualités de mandator et de débiteur principal*. — Lorsque deux obligations de nature dissemblable se trouvaient mises à la charge du même individu, l'une d'elles devait nécessairement absorber l'autre. C'est ce qui arrivait dans le cas où le répondant venait à succéder au débiteur ; l'obligation principale n'en continuait pas moins à subsister, tandis

1. LL. 21, § 3 ; 71 pr., D. h. t.

que l'engagement accessoire, devenant inutile, disparaissait définitivement ¹. Mais il n'en était ainsi qu'autant que les deux créances avaient un égal degré d'efficacité ; la confusion ne pouvait pas se produire si l'une de ces deux obligations était une obligation naturelle. En supposant le *reus* tenu *naturaliter*, l'extinction de l'engagement du *mandator* deviendrait impossible, car son obligation n'aurait alors rien d'incompatible avec celle du débiteur principal ².

Ces principes produiraient cette fâcheuse conséquence, c'est que même opérée de cette façon la libération du répondant amenait nécessairement celle du certificateur de caution. L'obligation du *mandator* servait de cause et de support à la sous-fidéjussion, de sorte qu'en son absence celle-ci ne pouvait subsister. Le certificateur de caution était réputé être simplement l'accessoire du cautionnement (l. 38, § 5, D. *de solut.*).

II. Modes d'extinction opérant *exceptionis ope*.

Ces exceptions peuvent naître soit *ex persona rei*, soit *ex persona mandatoris*.

Faisons remarquer tout d'abord que les exceptions *ex persona mandatoris* ne pourraient être invoquées par le débiteur principal. Ainsi le consentement du répondant a été vicié, il a été extorqué par la violence, le débiteur ne serait pas fondé à s'en prévaloir. Il en serait différemment des exceptions *ex persona rei* qui en général appartiennent à la caution. Ainsi les exceptions *doli mali* et *quod metus causâ* passent du *reus* à la caution dont l'obligation ne se trouve plus avoir de

1. L. 5 D. h. t.

2. L. 21, § 2, D. h. t. et l. 93, § 3, D. *de solut.*

support, en raison de la nullité de l'obligation principale. Les mêmes règles s'appliqueraient au pacte de *non petundo in rem* fait avec le débiteur, car le recours donné au répondant serait la négation de ce pacte de remise.

Si un jugement était intervenu en faveur du débiteur ou si nous supposons que le serment déféré ait été prêté par celui-ci, le *mandator* pouvait certainement invoquer l'exception *rei judicatæ* ou *jurisjurandi*. *Post rem judicatam, nihil quæritur*, de même qu'après un serment, il n'y a plus moyen de s'adresser au magistrat *ab omni contentione disceditur* (l. 56, D. de re judic. l. 40, D. de jurejur.).

La chose jugée et le serment produisent absolument les mêmes effets que le paiement.

L'utilité sociale exigeait le respect dû à l'autorité de la chose jugée ; car il aurait fallu prouver qu'elle était contraire à la vérité, dont elle est censée être l'expression.

Cependant si le jugement avait été défavorable au débiteur, la chose jugée ne serait pas opposable au *mandator* ; à l'égard duquel il y aurait *res inter alios acta*.

Toutefois certaines exceptions nées en la personne du débiteur ne peuvent profiter à *la caution* ; telles seraient les exceptions qui dénotent une idée de faveur spéciale au *reus*, l'exception *quod facere potest*, l'exception *nisi bonis cesseret*, et notamment le bénéfice de l'*in integrum restitutio* dont nous avons eu occasion de parler plus haut (l. 7, pr. D. 44-1 ; l. 13, pr. D. 4-4).

DROIT FRANÇAIS

DE L'EFFET DÉCLARATIF DU PARTAGE

EN MATIÈRE DE SUCCESSION

ENVISAGÉ

QUANT A LA PERCEPTION DES DROITS D'ENREGISTREMENT

INTRODUCTION

L'objet de notre étude est complexe et, à ce titre, l'intérêt qui en découle est très grand.

En effet, si l'enregistrement est une institution financière, comptant au nombre des impôts les plus fructueux pour le Trésor, cette institution a tout au moins ceci de particulier et de remarquable, c'est qu'elle est unie par des liens d'étroite connexité au droit civil. « La matière imposable, dit fort bien M. G. Demante, les objets sur lesquels porte l'impôt, ce ne sont pas des choses corporelles, comme celles que frappe un tarif de douanes, de ces choses que l'œil peut discerner, et que la main peut appréhender. Non, ici ce sont les droits eux-mêmes, les droits envisagés métaphysiquement : le droit de propriété quant à sa transmission, le droit d'obligation quant à sa naissance et son extinction. La transmission de la pro-

priété, la naissance et l'extinction des obligations, voilà des faits juridiques que l'œil n'aperçoit pas, que la main du corps n'appréhende pas, et qui requièrent, pour être définis et être constatés, toute la sagacité du jurisconsulte¹ ».

C'est donc la loi civile tout d'abord que nous devons consulter, et c'est elle qui nous indiquera le caractère des actes que la loi fiscale se propose de taxer. On le voit, l'étude de l'enregistrement ne consiste pas dans le commentaire sec et rapide d'un tarif. S'il en est ainsi, c'est que les textes du droit fiscal ne se suffisent pas à eux-mêmes ; ils doivent être rapprochés des textes du droit civil qui déterminent les caractères et la nature abstraite des diverses conventions soumises à l'impôt. Ainsi la loi de frimaire tarifiant les partages, sans désigner quels actes elle considère comme tels, il nous faudra aller chercher ailleurs les renseignements qui nous manquent et les demander à la loi civile qui seule peut nous les fournir.

La maxime du partage déclaratif est nôtre par son origine ; elle nous a été transmise par nos vieux auteurs pure de tout alliage romain. Aussi croyons-nous ne pas pouvoir nous dispenser de faire aussi rapidement que possible l'historique de notre question et d'examiner dans l'ancien droit, les diverses phases par lesquelles elle a passé.

Cette étude nous permettra d'assister à cette grande bataille des légistes luttant contre leur adversaire de tous les instants, la féodalité, et entreprenant contre elle ce long siège qui ne lassa ni leur audace, ni leur patience. Ces hommes eurent, en effet, le courage

1. M. G. Demante. *Mélanges*. Discours prononcé à l'ouverture du cours d'enregistrement à la faculté de droit de Toulouse.

d'élever la voix et de parler de droit à une époque où la force matérielle constituait l'élément prépondérant de la société, où toute idée de justice et d'équité semblait complètement obscurcie¹.

Placés près de la classe de la nation la plus nombreuse et la moins favorisée, les bourgeois et les vilains, ils en connaissaient, et les souffrances, et les aspirations : aussi se firent-ils l'écho de leurs plaintes et les défenseurs de leur revendication. Ne se laissant intimider ni par le danger, ni par l'incertitude de la lutte, doués d'une de ces volontés puissantes et tenaces que rien ne peut rompre, les légistes finirent par « user leur mortelle ennemie par des procès incessants, par cette résistance de tous les jours qui maintient les imprécations et les colères, et quand sonna, sans qu'ils l'eussent peut-être prévue, l'heure de la révolution, l'édifice féodal était si bien miné qu'il s'écroula en quelques instants² ». Raisonement, érudition, théories parfois hasardées, arguments spécieux ou solides, ils mirent tout en œuvre pour assurer le succès de leurs doctrines et arracher aux seigneurs des droits qu'ils considéraient comme usurpés.

Certes on peut leur faire un reproche de leurs attaques souvent marquées au coin de l'animosité, et par contre de l'injustice ; mais leur but, et c'est là leur excuse, fut noble et élevé : l'affranchissement de l'homme et du sol des lourdes charges féodales pesant sur l'un et sur l'autre.

En notre matière, le débat dominé par la voix puis-

1. Voir Troplong. *De l'influence des légistes dans notre ancienne législation. Revue de législation et de jurisprudence*, Wolowski, t. I, p. 415.

2. Bardoux. *Influence des légistes sur la société française*, p. 306.

sante de Dumoulin, fut particulièrement long et passionné. Et chose étrange ! il nous sera donné de voir son rival d'Argentré, le champion de la féodalité, lui qui, loin d'affaiblir les droits seigneuriaux, « voulait leur donner plus de force et d'âpreté contre les vassaux et les roturiers », nous le verrons, dis-je, venir grossir les rangs des légistes et faire cause commune avec eux ¹.

Le plan de notre étude se trouve tout indiqué. Nous diviserons notre travail en deux parties : I. Droit ancien ; II. Droit moderne.

La première contiendra deux chapitres intitulés :

1° Du partage envisagé dans ses rapports avec les droits féodaux.

2° Du partage envisagé dans ses rapports avec les droits domaniaux.

Nous indiquerons plus loin la subdivision que nous entendons établir dans la deuxième partie.

1. Consulter sur ce point Laferrière. *Histoire du droit français*.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ANCIEN

CHAPITRE PREMIER

DU PARTAGE ENVISAGÉ DANS SES RAPPORTS AVEC LES DROITS FÉODAUX.

Le partage en droit romain était de sa nature translatif de propriété. Nous n'avons pas à concilier ici les textes des jurisconsultes qui, les uns assimilaient le partage à la vente, les autres à l'échange ; ce qu'il nous importe de déterminer, et ce point n'est pas douteux, c'est que cette opération consistant en cessions et acquisitions réciproques, constituait une véritable aliénation¹.

Quand nous aurons à traiter cette question dans notre droit moderne, nous examinerons, à l'aide d'une analyse rigoureuse, l'exactitude de cette théorie.

Comme conséquence de ces principes : les cohéritiers, étant les ayants cause les uns des autres se trouvaient obligés de respecter tous les droits acquis à des tiers pendant l'indivision. C'était du reste l'application logique de cette règle : *Quotiens autem dominium transfertur, ad eum qui accipit, tale transfertur*

1. Cons. l. 20, § 3, D. x-2 et l. 1. c. III-38.

quale fuit apud eum qui tradit (l. 20, § 1, D. XLI-1). Ainsi droits réels et hypothèques ne s'évanouissent pas par l'événement du partage et continuent à grever les biens héréditaires, même ceux attribués à un autre que le copartageant débiteur.

Cependant Trébatius semble avoir entrevu l'idée du partage déclaratif (l. 31, *de usu et usufr. et red.*, D. XXXIII-2). Voir M. Accarias, *Précis de dr. rom.*, p. 592, note 1.

Voici l'espèce prévue par le jurisconsulte : Primus et Secundus possèdent indivisément un fonds de terre. Primus lègue *per vindicationem* l'usufruit de sa part à sa femme, puis il meurt, et le fonds est partagé judiciairement entre son héritier et Secundus. Trébatius proposait la solution suivante : la veuve n'a aucun droit sur la portion divisée échue à Secundus, mais elle pourra revendiquer l'usufruit de toute la part attribuée à l'héritier de son mari. Cette décision qui n'aurait fait aucun doute dans notre droit français, était unanimement rejetée. Aussi Labéon ne la discute même pas et s'écrie dédaigneusement : *hoc falsum puto*. La déduction rigoureuse des principes exigeait donc que l'usufruit légué à la veuve portât à la fois sur la moitié indivise de chacune des deux parties.

Certes Trébatius n'a pas formulé une théorie générale du partage ; mais toujours est-il que si cette décision eût été adoptée, la nouvelle doctrine n'aurait pas tardé à se généraliser et à triompher complètement.

Si nous abandonnons le droit romain pour nous transporter dans notre droit moderne, nous y rencontrons des principes diamétralement opposés à ceux

que nous venons d'exposer. Nos textes, en effet, ne considèrent plus le partage comme un acte d'aliénation, mais comme simplement déclaratif de droits.

Comment et à quelle époque s'est accompli l'abandon de cette vieille théorie fondée par la science de tous les jurisconsultes de l'antique Rome et consacrée par les siècles eux-mêmes ? Quelles influences et quelles causes déterminantes ont pu opérer cette révolution juridique et faire crouler l'édifice ? Telles sont les questions que nous devons nous poser.

Pour les résoudre, nous devons interroger l'histoire et lui demander l'explication de cette transformation qu'elle seule peut justifier. Il nous faudra examiner rapidement l'état social qui régissait notre ancienne France, et nous verrons que notre principe n'a été que l'œuvre indirecte, sinon directe, d'une réaction contre les droits seigneuriaux.

A son apogée sous Charlemagne, l'autorité royale avait fini par disparaître presque entièrement sous ses débiles successeurs. La faiblesse du pouvoir central ne devait pas tarder à préparer le morcellement infini de la souveraineté et la désorganisation du corps social. L'ordre et la paix firent place à la discorde. La violence était partout, la sécurité nulle part.

Attaqués par leurs ennemis du dehors, les Normands, dont ils avaient grand'peine à repousser les invasions, ne trouvant aucun secours dans les grands du royaume dont la seule préoccupation était de se rendre indépendants, les derniers Carlovingiens ne pouvaient assurer à leurs sujets ce qu'ils étaient en droit d'attendre d'eux : la protection et la justice. Abandonnée à elle-même, la grande masse du peuple

dut chercher ailleurs l'appui qui lui manquait. L'influence du seigneur local qui, grâce à l'anarchie, avait su réunir entre ses mains quelques lambeaux de la puissance publique et se créer par la force de vastes domaines, devait nécessairement devenir prépondérante.

C'est du reste ce qu'a fort bien mis en lumière M. Taine : « A cet instant, dit-il, le bienfaiteur, le sauveur est l'homme qui sait se battre et défendre les autres, et tel est effectivement le caractère de la nouvelle classe qui s'établit. Dans la langue du temps, le noble est l'homme de guerre, le soldat (miles), et c'est lui qui pose la seconde assise de la société moderne. Au X^e siècle, peu importe son extraction, souvent c'est un comte carlovingien, un bénéficiaire du roi, le hardi propriétaire d'une des dernières terres franches. En tout cas, le noble alors c'est le brave, l'homme fort et expert aux armes qui, à la tête d'une troupe, au lieu de s'enfuir et de payer rançon, présente sa poitrine et protège par l'épée un coin du sol : pour faire cet office, il n'a pas besoin d'ancêtres, il ne lui faut que du cœur, il est lui-même un ancêtre : on est trop heureux du salut présent qu'il apporte pour le chicaner sur son titre¹. »

En présence de l'inertie du pouvoir royal et à une époque où la justice elle-même, cette puissance toute morale, était placée dans la force ou le hasard des armes, il devint de toute nécessité de demander au seigneur l'appui que seul il pouvait accorder et de placer sous son patronage sa personne et ses biens.

L'alleu lui-même, la terre libre par excellence,

1. Taine. *Des origines de la France contemporaine. L'ancien régime* t. I, p. 9.

l'image la plus fidèle du *dominium* romain, fut obligé bon gré mal gré de suivre le grand courant féodal. D'autre part la présomption « nulle terre sans seigneur » vint achever ce que n'avaient pu faire la violence ou la convention¹.

Mais si le faible a un besoin absolu de protection, les puissants n'ont pas un moindre besoin de trouver des défenseurs pour protéger le manoir seigneurial et des tenanciers pour cultiver leurs domaines. « De là vient, comme le dit fort bien M. J. Flach, qu'à la fin du IX^e siècle la recommandation et le bénéfice sont indissolublement unis l'un à l'autre. Nul n'obtenait plus de bénéfice, de concession de terre, s'il ne s'était recommandé. Réciproquement nul ne se recommandait, ni n'engageait ses services et sa fidélité, s'il n'obtenait en échange des concessions rémunératoires².

La concession devenait ainsi la cause de l'obligation du vassal qui se trouvait avoir reçu à l'avance le prix de ses services. Le contrat qui intervenait était essentiellement un contrat réel qui ne pouvait se résoudre que par la commise, en cas de violation de la foi jurée. C'est ainsi que le bénéfice n'avait pas tardé à devenir le corollaire de la recommandation.

Fiefs et censives, nobles et roturiers, telle était la double hiérarchie des terres et des personnes. C'est pourquoi l'inféodation, contrat synallagmatique consistant dans la concession d'une terre d'un côté, et la promesse de services de l'autre, répondait à merveille aux nécessités de l'époque.

¹ Henri Beaune. *De la condition des biens dans le droit coutumier*, p. 163.

² Jacques Flach. *Des origines de l'ancienne France*, t. I, p. 129.

Le service d'ost et de chevauchée étant la principale obligation du vassal, il est facile de comprendre que dans ce contrat formé *intuitu personæ*, ce dernier n'ait pu se substituer un tiers dans l'accomplissement de ses devoirs. Aussi à l'origine les fiefs étaient-ils intransmissibles tant entre vifs qu'à cause de mort.

Ce fut le fameux traité de Kiersy-sur-Oise, arraché en 887 à la faiblesse de Charles le Chauve qui, en consacrant l'hérédité des offices confiés aux agents royaux, vint insensiblement préparer l'évolution féodale vers l'hérédité des fiefs.

L'interdiction d'aliéner subsistant, une logique rigoureuse eut dû mettre obstacle au partage de la succession. Mais la logique eut tort dans un siècle où l'on raisonnait peu. Combien d'esprits superficiels n'auraient-ils pas trouvé bizarre de voir le seigneur autoriser la transmission héréditaire du fief et d'en interdire la division entre les héritiers? C'est ce qui eut lieu cependant pour les fiefs de dignité, ainsi que le constatent en Allemagne la constitution de l'empereur Frédéric et, en France, la fameuse assise rendue en 1183 par Geoffroy, duc de Bretagne.

Cette interdiction de partager eut son palliatif dans une institution connue sous le nom de *parage* ou de *frérage*. En fait le domaine était partagé, mais l'hommage était dû par l'aîné qui restait seul chargé vis-à-vis du suzerain des devoirs féodaux pour le tout. Ses frères et sœurs étaient censés tenir leur part non du seigneur, mais de cet aîné que les vieux auteurs appelaient à juste titre le *miroir du fief*¹. Cette défense de partager était violée au moyen de la fiction du parage : aussi ducs et barons, privés des profits

1. La Thaumassière. *Anc. Coutume du Berry*, ch. 36.

attribués à l'aîné comme suzerain immédiat, élevèrent-ils de violentes réclamations et firent rendre par Philippe-Auguste l'ordonnance du 1^{er} mai 1209. Aux termes de celle-ci, il fut décidé que désormais les *mainés* tiendraient leurs parts du seigneur direct et qu'ils devraient lui prêter foi et hommage.

On peut donc dire que, sauf cette exception qui trouva son remède dans le parage, le partage était de droit commun et s'appliquait à la grande généralité des fiefs.

A une époque que l'on ne saurait déterminer exactement, mais qu'on peut placer, pour plus de certitude à la fin du XII^e siècle, c'est-à-dire au déclin de la féodalité militaire, l'interdiction d'aliéner disparaît à son tour. Toutefois l'aliénation partielle, c'est-à-dire le démembrement de la concession, continue d'être interdite, et cette règle subsiste jusqu'à l'abolition du régime féodal. Le fief devient alors un contrat purement foncier, puisqu'il ne va bientôt plus conférer au seigneur d'autre droit de souveraineté sur son vassal que la perception de profits à chaque mutation de sujet.

Lorsque les services personnels furent illusoires, les seigneurs songèrent à s'adresser plutôt à la bourse du vassal qu'à sa personne. Ils firent donc argent de leur consentement ; ils le vendirent pour tous les actes où ce consentement était nécessaire. Dès lors les services se transformèrent en profits, fixés d'abord arbitrairement par ceux qui devaient en bénéficier, puis tarifés par la coutume.

Cette redevance en argent s'appelait relief ou rachat, droits de quint, de lods et ventes, suivant que la mutation avait lieu à la suite d'un décès ou

résultait d'une vente ou acte équipollent à vente.

Nous avons vu admises les transmissions entre vifs. Grâce à l'influence des légistes, la ligne directe finit par s'affranchir du paiement de tout droit; les collatéraux au contraire durent acquitter le relief. Le partage, la seule aliénation qui fut d'abord tolérée, ne fut jamais soumise à aucuns profits, parce qu'elle était considérée comme une conséquence directe de la dévolution entre cohéritiers. Tel n'est pas le sentiment de M. Valabrègue qui invoque à l'appui de sa thèse un texte de Charondas, annotateur de Bouteillier ¹. D'ailleurs à quoi bon, dit-il, tant de finesse et de subtilité de la part des légistes, s'ils n'avaient essayé d'exempter des droits de quint ou de lods et ventes le règlement entre cohéritiers.

L'opinion de Championnière nous paraît préférable. « La liberté des partages s'établit, et quand, après la nuit de ces siècles barbares, les docteurs de langue et de plume purent gloser les textes et raisonner, la question était résolue; la solution affirmée était devenue un principe d'ordre public ². »

Un passage de d'Argentré ajoute à cette doctrine beaucoup de vraisemblance et non moins d'autorité. « La bonté et la simplicité de nos aïeux, dit cet auteur ne parlant du partage pur et simple, ne s'en étaient beaucoup éveillées, souffrant en bonne paix que chacun se dépêchât en cela par grâce et concorde à titre de partage, *jusqu'à ce qu'aucuns plus avisés que prud'hommes ont voulu profiter parmi les affaires de*

1. M. Valabrègue. Étude historique sur l'article 883 du C. c. *Revue pratique*, t. XXXIV, p. 483.

2. Dissertation de Championnière sur l'art. 883. *Revue de Législation*; Wolowski, t. VII, p. 403.

*leurs voisins, et ont commencé à tirer cela à titre et autre conséquence de vente*¹. »

D'après ce texte, le partage aurait joui d'une immunité complète et ce n'aurait été que plus tard que les seigneurs voyant là une source de profits auraient essayé, mais en vain, d'en tirer parti.

Quoi qu'il en soit, il est bien certain qu'à partir des XIV^e et XV^e siècles la question de l'immunité des partages n'était pas douteuse. Si les légistes, se trouvant en présence d'un fait accompli, eurent d'aussi vives et d'aussi subtiles discussions, on peut les expliquer en ce sens qu'ils durent essayer de justifier la nouvelle règle à l'aide d'arguments juridiques et de l'étendre à la soulte et à la licitation, ainsi qu'à toute espèce de partages. •

Belle libéralité d'ailleurs que celle du seigneur abandonnant d'une main ce qu'il aurait été sûr de ressaisir de l'autre ! Et c'est ce qui serait arrivé dans la ligne directe : quant à la ligne collatérale, elle aurait été plus frappée encore en ayant à acquitter un double droit.

Nous suivrons pas à pas les développements de notre nouvelle doctrine qui ne fut établie qu'à la suite d'une série de luttes successives. Nous verrons que nos premiers juristes, profondément pénétrés de l'esprit du droit romain, eurent le tort de vouloir chercher dans les textes du Digeste l'explication d'un principe dont la naissance leur était chère et dont ils désiraient ardemment l'extension et le triomphe complet. En effet leur erreur fut de ne pas assez

1. D'Argentré. *Advis et consultations sur les partages des nobles*, quest. 40. Sur ce point cet auteur est très explicite : telle est d'ailleurs, ajouta-t-il, l'opinion commune de ses contemporains.

interroger l'histoire qui seule pouvait leur fournir la justification d'une règle qu'ils avaient trouvée préexistante.

Et d'abord pourquoi le partage était-il exempt de profits ?

Les réponses furent aussi nombreuses que variées : nous ne citerons que les plus importantes pour nous arrêter ensuite à l'explication qui tendit à prévaloir.

Tiraqueau (*Du retrait lignager*, § 32, n^{os} 88 et 89) assimilait le partage à un échange, or l'échange échappait au relief. Avec cette théorie jamais l'immunité n'aurait été étendue au partage avec retour de lots et à la licitation.

Une solution plus logique, parce qu'elle était plus conforme au droit coutumier, fut celle de Guy Coquille. « Il n'y a mutation d'homme, dit-il... Or le quint denier ou autre profit se paye au seigneur direct afin qu'il approuve le nouvel homme qui se subroge au lieu de l'ancien. » Cout. du Nivernais, tit. des fiefs, art. 24.

La doctrine dite de l'aliénation nécessaire était plus répandue et presque unanimement admise. Dumoulin et d'Argentré l'avaient déjà rencontrée chez un jurisconsulte du XIV^e siècle, Barthole. Celui-ci, s'appuyant sur ce principe que *in communione vel societate nemo compellitur invitus detineri*, cherchait à établir par une assimilation avec la loi XII, § 1 (Dig. liv. XIII, tit. I, *de condict. furtiva*), que le partage constituant une aliénation nécessaire devait être à ce titre exonéré des droits seigneuriaux. Il tirait de ce texte cette conséquence qu'il exprimait ainsi : *Hoc scilicet divisionis casu debentur laudimia ab eo qui*

provocat et non a provocato, per quæ pro ea parte urgere videtur.

Cette interprétation n'était pas satisfaisante : car Barthole faisait une distinction là même où la coutume n'en admettait aucune. C'était en ce sens se montrer plus rigoureux que les seigneurs.

Nos jurisconsultes du XVI^e siècle qui aimaient tant à citer des textes de droit romain à l'appui de leurs doctrines, ne pouvaient nier que d'après ces textes mêmes le partage ne constituât une véritable aliénation. Ils ne l'essayèrent pas et ils invoquèrent à leur tour le principe de la nécessité de l'aliénation pour justifier l'immunité accordée au partage. *Indistincte nihil debetur domino*, dit Dumoulin, *quia est alienatio necessaria*¹.

Telle est aussi la théorie de d'Argentré, *et si omni divisio insit alienatio, tamen cum necessaria sit, nulla addentur laudinia*, *De laud.* § 53, chap. 2.

La faculté de partager qui était la conséquence de la liberté des dévolutions héréditaires, ne fut d'abord pas admise entre tous copropriétaires, mais seulement entre cohéritiers. C'est à Dumoulin dont « l'esprit ferme et droit, comme le fait fort bien remarquer Championnière², tendait plutôt à modifier les coutumes qu'à les expliquer », que revint l'honneur de la réaction qui se produisit plus tard dans la jurisprudence. D'après lui, peu importe la cause qui a fait naître l'indivision ; qu'elle résulte *ex societate, sive sine societate, ex quavis causâ*, le partage n'en bénéficiera pas moins de l'exemption. Le parlement, par de nombreux arrêts dont nous aurons occasion d'en

1. *Traité des fiefs*, titre I, § 33, glos. I, n° 69.

2. Voir Dissertation de Championnière, *loc. cit.*

examiner quelques-uns, consacra cette opinion et étendit l'immunité à tous les communistes.

De même tout acte entre copropriétaires qui a pour but de faire cesser l'indivision constituera un partage et devra être régi par les mêmes règles : ainsi seront considérés comme tels la soulte et la licitation. *Illa assignatio, non est contractus, per se æque principaliter subsistens et separatus a divisione, sed executio et finis divisionis cæptæ.* Dum. loc. cit. § 73).

Il faut avant tout considérer quelle a été l'intention des parties. Leur but est de sortir de l'indivision et souvent le seul moyen de réaliser ce but est d'attribuer à un seul la totalité de l'immeuble à charge d'indemniser les autres. *Et ipsa assignatio incæpit et dependet a causa necessaria*¹.

La nécessité de sortir de l'indivision qui a imposé la licitation en a fait un mode de partage, participant de ses caractères ; bien plus, disent nos anciens docteurs, cette opération constitue un véritable partage où chacun reçoit en argent *équipollence*, ce qu'il avait le droit de recevoir en nature *essence*². Aussi peut-on dire des colicitants que *non tam vendant quam dividant*.

Dans son *Traité des fiefs*, Dumoulin n'assimila d'abord la licitation au partage que lorsqu'à l'adjudication n'avaient été appelés que les intéressés. L'admission d'étrangers changeaient complètement la nature de l'acte, quand bien même l'adjudication n'aurait pas été tranchée au profit de ces derniers. D'après lui peu importait le résultat final de l'opération, il y avait alors une véritable vente, *vera venditio*.

En 1536, nous dit Brodeau dans son *Commentaire*

1. Consulter Dumoulin, loc. cit., § 69; d'Argentré. loc. cit., quest. 40.

2. Guyot. *Traité des fiefs*, t. I, Ch. Pontanus sur Blois, 88, § 13.

sur la coutume de Paris, Dumoulin eut l'occasion de développer ses principes relatifs à la licitation. Voici l'affaire :

Trois héritiers Buquet possédaient en censive par indivis un immeuble relevant du roi. La licitation eut lieu et l'un d'eux, Agnès Buquet, se rendit adjudicataire. Puis réclamation des agents du fisc exigeant les profits sur la totalité de l'immeuble licité ; *l'admission d'étrangers*, d'après eux, ayant donné un caractère nouveau à cet acte, celui de vente pour le tout. Sur le refus d'Agnès qui ne voulait acquitter les lods et ventes que sur les portions acquises, c'est-à-dire sur les deux tiers, procès devant le bureau des finances.

Grand, paraît-il, fut l'embarras des juges. Aussi avant de rendre une décision qui devait avoir une importance considérable, les magistrats crurent-ils devoir prendre l'avis de quelques docteurs, au nombre desquels se trouvait Dumoulin.

Tous ces jurisconsultes, sauf ce dernier, se montrèrent favorables aux prétentions du fisc. Il semblait cependant que Dumoulin eût dû partager l'opinion de ses confrères, surtout si l'on se reporte aux principes précédemment émis par lui dans son *Traité des fiefs*. Si on lui demande, en effet, quelle sera la conséquence du fait d'avoir admis des étrangers à la licitation, il répondra *etiamsi contingat unum ex sociis vincere in licitatione, tamen dico quod omnia jura debentur dominis directis, sicut ex mera venditione, cum sit vera venditio principaliter subsistens.*» Dumoulin, *loc cit.*, § 73.

Étant donné que l'adjudication a été tranchée au profit d'un communiste, Dumoulin se trouvait enfermé dans ce dilemme : ou la présence d'étrangers

n'influaient en rien sur le caractère de l'opération, c'était alors un acte de partage exempt de tous droits; ou alors cette présence lui donnait une physionomie nouvelle en la présentant sous forme de vente; d'où appliquer des règles de ce dernier contrat et dès lors *omnia jura debentur*.

Notre grand légiste qui reconnaissait déjà les imperfections de son premier système, voulait tout au moins en atténuer les fâcheux effets avant d'en faire l'abandon total, quelques années plus tard. Pour lui, il était bien vrai que la part d'Agnès Buquet avait été mise en vente comme celle de ses cohéritiers, mais cette dernière n'avait pu acheter ce qu'elle possédait déjà. On pouvait soutenir que cette part s'était *consolidée* en sa personne plutôt qu'elle ne lui avait été transmise. En notre espèce, il y avait vente, prétendait-il, pour les deux tiers seulement.

Les arguments de Dumoulin ne semblèrent pas probants aux premiers juges qui donnèrent tort à la défenderesse.

L'affaire revint en appel devant le parlement qui infirma ce jugement, le 2 avril 1538, obéissant en cela à de graves raisons d'équité plutôt qu'à une bonne logique.

Attaqué par d'Argentré et aussi encouragé par le succès, Dumoulin va beaucoup plus loin et conclut à ce que le communiste adjudicataire jouisse d'une immunité complète relativement aux droits féodaux. *Non videtur*, dit-il, *esse nova mutatio, nec translatio in aliam manum, sed consolidatio in unum ex his, quæ inter eos quibus res communis est permittitur*.

Il faudra donc examiner le résultat de l'opération pour déterminer son caractère. L'étranger se rend-il

acquéreur ? il paiera tous les lods puisqu'il y a vente. Le bien reste-t-il au contraire entre les mains d'un copartageant ? Celui-ci n'acquiert rien de ses communistes ; son droit que l'indivision paralysait s'est développé et fortifié entre ses mains (*consolidatio in unum*) par l'effet de la licitation. Il en résulte donc que la licitation ne constituant pas, comme le dit Guyot, « une vente mais une manière de partager¹ », doit jouir des mêmes prérogatives que le partage lui-même, c'est-à-dire être affranchie de tous droits. En effet l'admission d'étrangers n'a eu d'autre but que de faire monter les enchères et de porter l'objet licité à sa véritable valeur.

Toute la pensée de Dumoulin est résumée dans cette phrase de son *Traité des censives* « *non obstat, dit-il, quod extraneus licitor fuit admissus : quia victus fuit et repulsus, ex quo res remansit socio, et si idem est ac si solum inter socios fuisset licitatio*. Telle est la solution qui, d'après Poquet de Livonière, fut unanimement adoptée depuis l'arrêt du 3 mars 1587 rendu au profit du sieur de Cassel contre le prévôt et les échevins de la ville d'Amiens².

Ce fut sous de telles influences qu'en 1580 on procéda à la réformation de la coutume de Paris et un article concernant les licitations y fut inséré. Il était ainsi conçu : *si l'héritage ne se peut partir entre les cohéritiers et se licite par justice sans fraude, ne sont*

1. Guyot. *Traité des fiefs*, t. I, ch. III, section 1. Merlin, *Rép.* Vo licitation, § 1, n° 1. D'Argentré, *Advis sur les partages des nobles*, quest. 40. Cet acte, dit-il, « prend effet et dénouement de ce que les parties entendent, qui est de partager ».

2. Cet arrêt est rapporté avec les motifs dans le *Recueil d'arrêt notables de Louet*, lettre L. IX. Poquet de Livonière. *Traité des fiefs*, liv. III, ch. IV.

deubs aucunes ventes pour l'adjudication faite à l'un d'eux; mais s'il est adjugé à un étranger, l'acquéreur en doit vente.

Loin de trancher toutes les difficultés, cet article fit naître au contraire de graves contestations et, si nous en croyons tous les auteurs de l'époque, donna aux seigneurs des armes nouvelles à l'appui de leurs prétentions¹. Mais leurs efforts vinrent échouer devant la résistance de la jurisprudence qui refusant de consacrer l'interprétation trop judaïque de ces derniers, fit toujours prévaloir l'esprit du texte à sa lettre.

Ce ne fut guère qu'au milieu du XVII^e siècle que cet article reçut enfin, tant en doctrine qu'en jurisprudence, sa véritable portée et que cessèrent des conflits que seule une rédaction insuffisante et défectueuse avait pu engendrer. La simple lecture du texte suffit pour découvrir les points sur lesquels la discussion porta. Nous examinerons ici quelques-unes de ces controverses.

Ne *se peut partir*, dit l'art. 80. De quelle impossibilité s'agit-il ? C'est simplement, disent nos feudistes, d'une impossibilité relative aux intérêts des colicitants. Telle était déjà l'opinion de d'Argentré². De plus cette doctrine est professée par de nombreux commentateurs de la coutume, Claude de Ferrière, Lapeyrère, Auzannet, etc... « Ne se peut partir, ajoute ce dernier, cela s'entend non d'une impossibilité naturelle, mais

1. Poquet de Livonière. *Traité des fiefs*. Henrion de Pansey. *Traité des fiefs*. Auzannet, sur l'article 80 de Paris. Brodeau, sur l'article 80 de Paris.

2. D'Argentré, sur l'anc. coutume de Bretagne, art. 73, not. 4, n° 3 et suiv. Dumoulin est aussi explicite que son rival: *quando res non potest dividi, vel non placet ut dividatur in portiones suas*. *Loc. cit.*, n° 72.

d'une impuissance morale et civile qui rendrait le partage impossible. Les arrêts ont jugé qu'il n'était pas juste de donner, à un seigneur, encore moins à un fermier du seigneur, sous prétexte de la prétention d'un droit de vente qui doit être levé avec civilité, la liberté de pénétrer dans le secret des familles, et d'empêcher les accommodements entre cohéritiers¹. »

Il semble bien résulter de tout ceci que les copartageants n'ont nullement à justifier que tel immeuble ne se peut commodément partir avant de procéder à la licitation : le fait seul d'avoir renoncé au partage en nature est une présomption que celui-ci présentait pour eux des inconvénients graves et pouvait léser leurs intérêts. *Non sine cujusquam injuriâ*. Il suffit donc pour échapper aux profits que les communistes aient eu l'intention de faire un partage, c'est-à-dire d'opérer la liquidation de leurs droits indivis. Cette intention une fois connue, il est interdit alors au seigneur de critiquer la forme et les termes de l'acte ; la loi lui impose la plus grande réserve sur tous ces arrangements domestiques qu'elle recouvre d'un voile impénétrable. Aussi d'Argentré a-t-il pu dire avec beaucoup d'énergie. *Non oportet dominos esse curiosos et exploratores alieni commercii etiamsi quidpiam pereat feudalibus*, *Loc. cit.*, n° 4. On le voit, même cet auteur dont les sympathies pour le régime féodal étaient bien connues, venait faire le sacrifice des intérêts des seigneurs à la tranquillité des familles.

Entre cohéritiers, ajoute l'article 80. L'immunité accordée aux cohéritiers devra-t-elle être étendue à

1. Auzannet sur l'art 80 de Paris. Claude de Ferrière, art. 80, Paris. Lapeyrère, Lettre V, n° 3.

tous les communistes ? La question ne semble pas avoir été très discutée pour les codonataires et colégataires *communes sine societate*. Par analogie de motifs et aussi par respect du droit romain, on les assimila aux cohéritiers. L. 2, pr. D. liv. X, t. III. *Comm. divid.* Mais *quid ?* du conjoint voulant partager ou liciter avec les héritiers de l'époux prédécédé. La résistance fut plus longue ; mais la jurisprudence faisant œuvre d'interprète, sut dégager l'esprit de la coutume et donner les mêmes décisions dans des espèces analogues, bien que celles-ci ne rentrassent pas dans la lettre du texte. De nombreux arrêts intervinrent en notre matière et décidèrent qu'il y avait lieu de faire bénéficier ce cas d'une immunité complète. L'un d'eux du 11 janvier 1607 est rapporté par Louet et Brodeau (lettre L. ser. IX.)

Le sieur Dolet avait acheté deux maisons conquêtes de communauté relevant de l'Hôtel-Dieu de Chartres. A sa mort, les deux immeubles furent licités et sa veuve s'en rendit adjudicataire. Les administrateurs de l'hospice demandèrent des profits prétendant : 1° que l'art. 80 de la coutume de Paris que l'on adoptait en raison du silence de la coutume de Chartres, ne visait que les *cohéritiers* ; 2° que les deux maisons pouvaient se partager. L'arrêt n'accueillit la demande des administrateurs sur aucun de ces deux points et consacra l'assimilation du conjoint aux cohéritiers. Il faut remarquer d'autre part que cette importante décision judiciaire tranche bien nettement cette controverse déjà examinée par nous, et relative à l'impossibilité physique de partager. En effet, il s'agissait ici de deux maisons que l'on pouvait croire partageables et qui cependant sont licitées *sive nolint dividere*.

Aussi peut-on dire avec Guyot *qu'il suffit de la qualité des licitants pour être exempt de droits* ¹.

Tous les feudistes étendent également le bénéfice de l'article 80 aux copropriétaires *cum societate*, à ceux qui, d'après la loi 2 (*Comm. divid.*) citée *suprà*, *pariter eandem rem emerunt*, et qui se servent de licitation comme moyen de sortir de l'indivision, *res sive libenter, sive non libenter divisibilis*. Sur ce point les parlements furent aussi unanimes que les docteurs et ils n'hésitèrent pas à faire rentrer dans les termes de la coutume la licitation entre associés et généralement entre tous ceux qui possèdent par indivis un même héritage à *quelque titre particulier que ce soit* ². Nous citerons quelques-uns de leurs arrêts et notamment celui du mois d'août 1682 rapporté par l'annotateur de Lapeyrère (lettre V, n° 5).

Voici l'espèce : Une dame Marchand achète avec son fils une maison ; puis ils la licitent entre eux et le fils se rend adjudicataire. D'où réclamation de profits sur la moitié du prix de vente — le juge avant de statuer veut ordonner une expertise pour savoir si la maison pouvait commodément se partager. Le fils fait appel et obtient gain de cause. Cet arrêt décide, dit l'annotateur, qu'il n'est point dû de lods et ventes sur l'acquisition faite par l'un des consorts, à la suite d'une licitation, « encore que la chose se pût commodément partager ». D'autres décisions suivirent, 1^{er} septembre 1724, 24 mars 1733, cette dernière racontée avec beaucoup de détails par Guyot. *Cet*

1. *Traité des fiefs*, T. I, page 31. Voir, en ce sens, 19 août 1643 et 29 mai 1699, arrêts rapportés par Guyot, *loc. citat.*

2. Claude de Ferrière, corps et compilation sur l'art. 80 glos, unique n° 32. V. M. G. Demante, n° 733, *Principes de l'enregistrement*.

arrêt dit-il, fut rendu *una voce*, quatorze « juges séans à la grand' Chambre. » *Traité des fiefs*, t. I, p. 54.

Ce qui existe à l'égard de tous les communistes ayant un titre commun doit-il être étendu aux acquéreurs intermédiaires ? Le même auteur nous fournira encore un précieux témoignage. « Pour jouir de la » faveur de l'art. 80, étendu aux copropriétaires que » les lois appellent communs, *cum societate*, il faut que » le copropriétaire adjudicataire soit acquéreur *pri-* » *mario ab initio*, et non copropriétaire acquéreur in- » termédiaire, c'est-à-dire qu'il faut que l'adjudica- » taire soit celui qui par lui-même a commencé la » société. Si c'est un homme qui ait acquis d'un des » cohéritiers, colégataires, codonataires (ou des co- » priétaires, c'est-à-dire *qui pariter eamdem rem eme-* » *rant*, qui ont par leur acquisition formé la société), » voilà l'acquéreur intermédiaire. Il peut être exempt » des droits ou par sa *qualité* ou par son *titre*. »

Ainsi dans les cas où l'acquéreur d'une fraction indivise d'un immeuble héréditaire s'en rend adjudicataire sur licitation, il est bien certain qu'il n'a ni titre ni qualité, pour s'affranchir du paiement des profits sur les portions acquises ; « il n'a point de qualité par ce qu'il est étranger à l'héritage ; il n'a rien par lui-même, il n'est point cohéritier : il n'a point de titre, parce qu'il n'a qu'un titre singulier d'une portion pour laquelle seulement il a payé les droits¹. » En résumé, les adjudicataires qui peuvent réclamer l'affranchissement des profits sont : 1° les copropriétaires *sine societate*, à raison même de leurs *qualités* ; 2° les communistes *ab initio societatis*, en vertu de leur *titre* d'acquisition.

1. Guyot. *Traité des fiefs*, t. I, ch. III, § 5, p. 42.

Tel fut le tempérament bien raisonnable que les parlements apportèrent à l'art. 80, en exigeant que l'adjudicataire eût un titre de copropriété initial. Cette jurisprudence a ceci de remarquable : c'est qu'aujourd'hui, en matière de droits de mutation, la cour suprême a adopté identiquement les mêmes principes, bien que la loi de frimaire soit muette sur ce point. De puissantes raisons d'équité et d'utilité pratique imposaient cette solution ou autrement la fraude se serait donné trop librement carrière. En effet rien n'était été plus facile que d'acheter d'abord une petite fraction indivise d'un immeuble d'une grande valeur, puis se rendant adjudicataire sur licitation du surplus, d'échapper ainsi au paiement de droits féodaux considérables ¹.

Telles furent les principales questions qui firent l'objet de tant de débats au cours du XVI^e siècle et au commencement du XVII^e. Il fallut, nous venons de le voir, bien des années pour que le fameux art. 80 reçût tant en doctrine qu'en jurisprudence sa véritable portée. Aussi les coutumes qui ont été rédigées postérieurement à celle de Paris, renferment-elles des dispositions très claires et sur le sens desquelles aucun doute ne s'élèvera (Coutume d'Orléans, art. 15 et 113). Dans cette dernière un peu d'attention avait suffi pour faire disparaître toute ambiguïté de rédaction et écarter ainsi toutes les sources de procès auxquels nous avons assisté.

Le résultat de cette longue controverse nous a été indiqué d'une manière bien expressive par Loysel

1. V. en ce sens : 31 janvier 1837, arrêt rapporté par Brodeau sur art. 88 Paris, 3 mai 1730 et 6 mai 1734, décisions judiciaires commentées par Guyot.

dans ses *Maximes* : « de partage, licitation et adjudication entre héritiers, comparçonniers, ne sont dus » lods et ventes ».

Il y avait cependant dix-huit ou vingt coutumes qui dérogeaient entièrement au droit commun et accordaient des lods et ventes en cas de soultes. On peut les diviser en trois catégories : Les unes veulent qu'on compare le *quantum* de la soulte avec la valeur réelle du bien pour savoir s'il y a *vendition plus que partage ou partage plus que vendition*, et selon que le retour excédera ou non la moitié de la valeur de l'immeuble il y aura vente ou partage. D'où application des règles communes à l'un ou à l'autre de ces deux contrats, art. 88 Blois, Troïes, art. 57.

D'autres perçoivent des droits sur la soulte indistinctement, quand bien même elle serait payée en objets et effets communs (Vermandois, Ethampes, art. 57. Dunois, art. 44).

Certaines autres enfin frappent la soulte, mais seulement lorsque celui qui en est débiteur, l'acquitte de ses propres deniers, *de suo*; en un mot lorsqu'il y a véritablement *débours* (Tours, art. 57; Nivernais, art. 24; Auxerre, art. 57; Montargis, art. 51; Loudun, art. 18 du titre 14¹).

Mais que faudra-t-il décider lorsque ces coutumes, sans parler du cas de licitation, assujettissent les retours de lots à des profits? (Montargis, art. 51). Beaucoup d'auteurs parmi lesquels Coquille sur Nivernais, Bacquet, Legrand sur Troïes, Fontanus sur Blois, la Thomassière, etc... décident que la licitation n'est assujettie à aucun droit, bien que les soultes en soient grevées. Les raisons données par tous ces auteurs

1. Guyot. *Répertoire*, v^o quint.

sont vagues et peu probantes. La licitation, disent-ils étant un cas *obmis* par ces coutumes, il faut recourir au droit commun (et le droit commun c'est la coutume de Paris). Ou encore les dispositions de ces coutumes étant exorbitantes, il faut les restreindre aux seules espèces qu'elles régissent, suivant cette maxime, dit Legrand, *statua in quantum sunt exorbitantia a jure communi, sunt stricte accipienda, nec extenduntur de uno casu ad alium, ex majoritate rationis*¹.

Différentes décisions judiciaires firent prévaloir l'opinion de ces jurisconsultes, notamment celle du 9 janvier 1593, en la coutume de Montargis (Brodeau, sur art. 80 Paris) et celle du 7 août 1739 (Guyot, ch. III, § 3, t. I, *Traité des fiefs*).

La licitation au contraire, croyons-nous, n'est pas un cas *obmis* dans ces coutumes, puisqu'elle n'est elle-même qu'une soulte élevée dans son *quantum*. Il semble bien résulter implicitement que l'une étant frappée directement par le texte de la coutume, l'autre devra l'être à *fortiori*. D'ailleurs il serait trop facile d'éviter les droits en recourant toujours à la licitation, *res sive libenter, sive non libenter divisibilis*, c'est-à-dire soit qu'on ne puisse, soit qu'on ne veuille partager. La théorie adverse était en contradiction flagrante avec l'esprit et le texte même de la coutume; aussi Guyot la combat-il en ces termes (Voir *loc. cit.*)
« j'avoue que, quelque favorable que soit la cause des
« colicitants en ces coutumes, j'ai de la peine à y
« affranchir les licitations, à cause de leur disposi-

1. Voir Legrand sur Troyes : art. 57, gl. 2, n° 4. Brodeau, sur art. 80 de Paris n° 8. Coquille, sur l'art. 24 au titre des fiefs de la Coutume du Nivernais. Consulter Merlin, v° partage, § 11, n° 5.

» tion textuelle pour les partages mêmes qui sont les
» actes les plus favorables. »

La question se posa par deux fois dans le bailliage de Vermandois et la doctrine que nous venons d'énoncer fut consacrée par deux arrêts du parlement de Paris, l'un du 8 juillet 1761, l'autre du 18 janvier 1780, *rendus d'une voix unanime*, dit Denisart.

Jusqu'au commencement du XVI^e siècle, la théorie des aliénations nécessaires avait seule prévalu. Créée par nos légistes contre la féodalité, elle avait réussi à donner satisfaction aux besoins de l'époque et à faire table rase de tous les profits seigneuriaux réclamés à l'occasion du partage. Mais cette doctrine transportée dans le domaine du droit civil y donnait des résultats déplorables en préférant les droits des tiers à ceux de la famille. Point de sécurité dans les partages où l'attribution de parts n'influaient en rien sur les droits réels constitués durant l'indivision, surtout si l'on songe que des hypothèques occultes et générales résultaient de la forme même des actes notariés. Aussi éprouva-t-on à un certain moment le besoin de mettre à l'abri des poursuites des créanciers de chacun des communistes les copropriétaires apporcionnés. Telle fut l'origine du principe déclaratif. C'est aux hommes du palais que nous sommes redevables de cette théorie nouvelle qui eut une fortune inespérée et dont le succès était dû en grande partie à ce qu'elle donnait satisfaction aux intérêts pratiques.

S'inquiétant peu des discussions savantes des légistes, ne se laissant convaincre que par la matérialité des faits, les praticiens durent se demander pourquoi le partage était exempt de droits féodaux, alors

que tous les actes translatifs de propriété y étaient soumis.

Au point de vue des profits, il existait deux catégories d'actes : les uns emportant mutation devaient acquitter des droits ; — les autres n'étant pas translatifs s'en trouvaient exempts. — Tout changement de mains rendait exigibles les profits, et si le partage jouissait d'une immunité complète, c'est qu'évidemment il rentrait dans cette dernière classe. D'où cette conclusion des praticiens que le partage ne contenait ni acquisition, ni transmission de propriété.

D'ailleurs la théorie de l'aliénation nécessaire n'échappait pas à toute critique. On fit remarquer que la nécessité de la vente ne pouvait être une cause justificative de l'affranchissement de profits. Avec ce système, il aurait fallu logiquement admettre que l'étranger adjudicataire devait bénéficier de l'exemption au même titre que les colicitants. « En effet que la chose ait été adjugée à un étranger ou à un cohéritier, la vente n'en est pas moins nécessaire : La nécessité de vendre ne peut donc être le motif de l'exemption des droits seigneuriaux ¹ ». Ainsi battu en brèche, le vieux principe n'allait pas tarder à disparaître et à céder la place à un autre plein de jeunesse et d'avenir.

Ces deux doctrines si opposées, bien qu'affranchissant l'une et l'autre les partages des droits féodaux, donnèrent lieu dans la sphère du droit civil à bien des controverses. Agitée d'abord à propos du retrait lignager et de la lésion, la question de la nature du partage se posa à nouveau dans un procès demeuré célèbre. Il s'agissait en effet de savoir quel serait le sort de la saisie pratiquée durant l'indivision. Les partisans

1. Henrion de Pansey., *Anc. Rép.*, v^o licitation.

de la théorie de l'aliénation nécessaire sentaient bien toute la portée de la décision judiciaire à intervenir. C'était leur doctrine tout entière qui faisait l'objet du débat et le triomphe du principe de rétroactivité devait infailliblement en amener la ruine. Aussi leur résistance fut-elle vigoureuse. Dumoulin qui fut consulté sur ce sujet nous raconte très longuement les diverses péripéties du procès :

Un fief était indivis entre quatre héritiers; l'aîné avait droit à la moitié de ce fief et chacun des autres enfants à un sixième seulement. Le seigneur saisit la part indivise, c'est-à-dire le sixième appartenant à l'un de ces derniers. Puis, à la suite du partage, le fief fut adjugé en entier à l'aîné et celui dont la portion indivise avait été saisie obtint un fief dépendant d'un autre seigneur. *Quæsitum fuit, dit-il, an prehensio feudalis dicti sextanti per supervenientem divisionem esset resoluta?* Les docteurs appelés avec Dumoulin à donner leur avis vinrent greffer la question de la validité de l'hypothèque sur celle de la saisie. *Idem etiam inferebant ad hypothecam.*

En effet si l'on admettait la rétroactivité du partage au point de vue de la saisie, la même solution s'imposait pour l'hypothèque. L'horizon du débat s'était ainsi élargi et derrière la question d'espèce apparaissait une question de principe et de doctrine qui occupait le premier plan. *Hæc quæstio est magis effectus et ad multa alia protenditur*, ajoute Dumoulin. Cependant malgré tous les efforts du grand jurisconsulte, malgré la grande autorité dont il jouissait alors, la nouvelle théorie reçut une consécration éclatante. En vain invoquait-il de nombreux textes de droit romain qui faisaient du partage un acte translatif de propriété,

en vain rappelait-il les vaines tentatives de Trébatius, il ne fut pas écouté et sa seule consolation, bien que souffrant *quartana et autumnali febre laborans*, fut de reproduire dans son livre *des Fiefs* les protestations qu'il avait déjà fait entendre au palais ¹.

Un auteur moderne a reproché à Dumoulin, avec beaucoup d'esprit d'ailleurs, de n'avoir été guidé en cette circonstance que par son intérêt personnel. « Tant qu'il ne s'était agi que d'abolir les droits seigneuriaux, dit en effet M. Liégeard, il s'était montré d'assez facile composition pour plier la loi romaine à ses vues... Mais, ce succès réalisé, il voulait s'y tenir et maintenir les hypothèques sous le palladium de la loi romaine. Que les seigneurs fussent privés de leurs droits, bien ! Mais qu'un bourgeois, qu'un industriel perdît les siens. Non ! C'est que Dumoulin était un bourgeois, c'est qu'il avait des hypothèques et qu'il tenait à les conserver ². »

Certes il est facile de montrer l'inanité du reproche qui est adressé au grand légiste dont la doctrine seule aurait peut-être pu faire l'objet d'une critique. Nous l'avons déjà fait remarquer, ces deux écoles rivales, bien que partant d'un principe différent, aboutissaient cependant aux mêmes résultats en ce qui concerne l'immunité du partage. Mais les partisans de la théorie de l'aliénation nécessaire, considérant cette opération comme un acte translatif de propriété, devaient logiquement en admettre cette conséquence que le copartageant ne pouvait aliéner sa part que telle qu'elle se comportait entre ses mains

1. Dumoulin: *Commentaire sur la Coutume de Paris*, § I, glos. 9, n° 43.

2. Étude de M. Liégeard sur l'art 883.

et que l'événement du partage n'influaient en rien sur les actes passés pendant l'indivision. Les prémisses posées, la conclusion telle qu'elle avait été déduite s'imposait fatalement.

Cet arrêt qui donnait raison aux praticiens avait une importance considérable; d'autres décisions judiciaires suivirent et vinrent rendre leur victoire définitive (8 janv. 1569, 20 juillet 1571, 15 mai 1581, 1^{er} août 1595). D'ailleurs, Dumoulin lui-même semble avoir renoncé à son ancienne doctrine dans son *Traité des censives* qui est postérieur à son *Traité des fiefs*.

Dès le XVII^e siècle, le principe du partage déclaratif semble bien établi et la plupart des jurisconsultes l'admettent sans conteste, sauf Poquet de Livonière et Brodeau qui n'ont pas encore abandonné complètement la vieille théorie de l'aliénation nécessaire ¹.

L'utilité du nouveau système ne suffisait pas à le justifier, il fallait le colorer d'arguments juridiques. L'idée de la subrogation d'une portion divise et déterminée à une part indivise eut peu de succès, car elle ne pouvait s'appliquer au partage avec soulte et à la licitation.

Hervé justifie le principe rétroactif par la saisine et le non-décroissement. « Saisi, par la loi, de l'universalité, disait-il du cohéritier, il la conserve en vertu de cette saisine dont l'étendue n'est pas resserrée; et la renonciation des autres habiles à succéder n'ajoute rien à son titre, ni à la cause de sa possession ². »

1. Poquet de Livonière. *Traité des fiefs*, l. III, ch. vi. Brodeau sur l'art. 80 de la Cout. de Paris. L'opinion de ce dernier auteur est hésitante. En effet il s'exprime ainsi ailleurs: « le partage n'est point attributif mais déclaratif du droit du cohéritier. »

2. Hervé. *Mat. féodales*, t. III, p. 34.

D'autre part, Louet nous fait connaître sa théorie à l'occasion du procès du 1^{er} août 1595 que nous avons plus haut relaté. Une dame Thomasse Pajot jouissait indivisément, avec les héritiers de son défunt mari, des acquêts de communauté et notamment d'une maison qu'elle avait affecté au paiement d'une rente de cent livres. A la suite du partage la maison ayant été attribuée à ses enfants, il s'agissait de savoir si le créancier pourrait s'adresser à ceux-ci en tant que détenteurs de l'immeuble, ou au contraire s'il n'aurait de recours que contre la veuve Pajot. Les principes en jeu étaient les mêmes que ceux qui avaient été débattus une première fois en 1538. — Aussi le créancier ne se fit-il pas faute d'invoquer l'opinion de « du Molin ». D'après lui, les copropriétaires auraient pu valablement engager la chose indivise dans la mesure de leurs droits; or l'hypothèque constituant un *jus in re* lui aurait permis de poursuivre son gage même entre les mains des cohéritiers détenteurs.

A cette prétention du créancier soutenant que le communisme a pu créer pendant l'indivision des droits réels à l'abri de tous les événements ultérieurs du partage, Louet fait la réponse suivante : « *qui rem communem pro indiviso possidet, non est dominus incommutabilis, même ment, quando de hereditate, quæ in diversis corporibus consistit, agitur* : mais *dominus ad tempus, donec hereditatis divisio facta sit* : même que, *ante divisionem, si quid alienaverit emptor, communi dividundo judicio erit provocandus*, et n'aura en vertu de son acquisition d'autre part que ce qui viendra au lot de son vendeur¹. » De même pour les hypothèques

1. Louet *Recueil d'arrêts*, lettre H, som. 11.

constituées pendant l'indivision, leur validité dépendra des divers lotissements qui auront lieu ultérieurement entre tous les intéressés. En effet, les cohéritiers n'ont qu'un droit éventuel et conditionnel, droit qui reste en suspens jusqu'au jour du partage et se trouve dépendre d'un événement ultérieur. *Rei certæ dominus nisi cum onere divisionis*. C'est pourquoi hypothèques et aliénations consenties pendant l'indivision seront résolues si les immeubles grevés ne tombent pas dans le lot de celui des communistes avec lequel a contracté le créancier, conformément à la règle, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

Louet termine en outre par des considérations d'utilité pratique. Il ne faut pas, dit-il, que par « le fait d'un cohéritier *safranier* qui infecterait toute la succession de ses dettes », les autres cohéritiers soient à la merci de créanciers envers lesquels ils ne se sont nullement obligés. De plus ce serait entretenir par des recours incessants l'esprit de haine et de discorde au sein même des familles.

Parmi les nombreux auteurs qui enseignent que le partage est déclaratif de propriété, nous pouvons citer :

Ferrière qui prétend que les créanciers de l'un des copropriétaires ne peuvent exercer le droit de poursuite conféré par l'hypothèque sur les biens attribués aux autres communistes, parce que *singuli habent totum in parte et partem in toto*, tout appartient à chacun d'eux et rien ne leur appartient en particulier jusqu'au jour du partage (Ferrière. Annotations sur l'art. 80, Cout. de Paris, p. 1238).

Quant à Lebrun, il faisait découler ce principe de la saisine héréditaire, « et afin que l'héritier soit saisi

de tout, il faut nécessairement donner au partage un effet rétroactif, et tenir l'héritier pour partagé au moment du décès »¹. Telles sont les idées que le législateur moderne va reproduire en disant que chacun des cohéritiers est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les objets à lui échus à la suite du partage.

Toutefois, Domat, jurisconsulte très imbu des textes du droit romain, était encore à cette époque l'un des rares partisans de la vieille théorie de l'aliénation nécessaire, et assimilait le partage soit à la vente, soit à l'échange (*Lois civiles*, liv. I, t. IV, § 1, n^{os} 2 et seq.).

Une question très débattue au XVII^e et au XVIII^e siècles était celle de savoir si la licitation d'un immeuble de succession tranchée au profit d'un cohéritier faisait un propre pour le tout en vertu de l'effet rétroactif du partage ou seulement pour la partie à laquelle ce dernier avait droit en vertu de son titre héréditaire.

L'immeuble n'aurait été propre que pour partie, d'après Ferrière, car il est inadmissible qu'un cohéritier ayant une part très minime dans l'immeuble licité puisse par l'effet de l'adjudication avoir comme propres les portions de ses cohéritiers (v. Ferrière, art. 326 de Cout. de Paris; Renusson, *Traité des propres*, ch. I, sect. v, n^o 5 et s.). Tel n'est pas le sentiment de Lebrun qui voit dans l'objet licité un propre pour le tout. En effet la licitation, d'après lui, « n'est pas un contrat principal, mais un accessoire et une dépendance du partage... On ne fait qu'ôter l'in-

1. V. notamment liv. IV, chap. 1, n^o 36.

divis et la communauté, ce qui ne se peut appeler autrement qu'un partage. Et quand un héritier a le total de l'héritage par l'événement de la licitation, on présume que le tout lui appartenait dès le commencement¹. »

Ces arguments parurent péremptoires à la jurisprudence qui trancha la controverse par de nombreux arrêts en assimilant complètement la licitation au partage en matière civile (9 mars 1722, 3 mars 1743 et 20 juin 1761).

D'ailleurs quelle que soit l'explication donnée du nouveau principe, toujours est-il qu'à la fin du XVII^e siècle l'idée du partage déclaratif était presque unanimement admise. Certes ! les excellents résultats produits par notre maxime ne furent pas étrangers à son triomphe. Concluant, comme le système de l'aliénation nécessaire à l'exemption des profits seigneuriaux, la rétroactivité du partage avait de plus une utilité pratique incontestable. Avec elle, plus de recours incessants entre cohéritiers ! Assurant à chacun son lot, libre de toutes dettes et charges du chef de ses copartageants, elle prévenait toutes discussions et tout conflit. Peut-on dire d'autre part que les intérêts des tiers seront sacrifiés ? Assurément non ! Car les créanciers pourront toujours provoquer le partage et y intervenir pour la sauvegarde de leurs droits. Cette fiction avait en outre une importance considérable dans un pays où les droits réels étaient nombreux et où leur publicité n'existait pas encore. Aussi peut-on applaudir avec raison à l'apparition et au succès de la nouvelle doctrine ; car il aurait été trop dur de traiter le par-

1. *Traité des succès*, liv. IV, ch. 1, no 35, p. 247, V. Demolombe. *Succ.* V, no 259.

tage comme une simple affaire de commerce et de négoce, alors qu'il n'est en réalité qu'une liquidation de droits indivis où chacun reçoit, soit en argent, soit en nature, la juste valeur de ses droits.

A l'époque où écrivait Pothier le principe du partage déclaratif avait reçu son plus complet développement et la vieille théorie romaine n'existait plus qu'à l'état de souvenir. Toute discussion est éteinte et le grand jurisconsulte d'Orléans ne fait que résumer d'une façon magistrale les résultats acquis : « Selon les principes de notre droit français, dit-il, très opposés de ceux du droit romain, les partages ne sont pas des actes par lesquels les copartageants acquièrent, ni soient censés acquérir rien les uns des autres. Le principal effet du partage est de déterminer la portion de chacun des héritiers et de la restreindre aux seuls effets qui lui sont assignés pour son lot, de manière que chaque héritier soit censé avoir succédé à aucun de ceux compris dans des lots de ses cohéritiers ¹. » D'après Pothier, les communistes sont soumis à la condition du partage dont l'événement produit son effet rétroactif jusqu'au jour où l'indivision est survenue.

Cette doctrine s'imposa à nos législateurs certainement par la tradition et l'autorité du Maître, mais aussi par son utilité pratique indéniable. Sauf en ce qui concerne les profits, les principes que nous venons d'exposer ont tous passé sans discussion dans nos lois : témoin notre art. 883 dont les termes ont été empruntés presque textuellement à Pothier. Quant à nos lois

1. Pothier, Édition Bugnet, t. III, p. 249 et t. VIII p. 186. Cet auteur a développé ces principes dans ses nombreux ouvrages. V. not. à communauté, vente, société, successions.

fiscales modernes, elle ont été moins libérales que le Code civil, en abandonnant la jurisprudence des droits seigneuriaux pour consacrer celle du centième denier.

CHAPITRE II

DU PARTAGE ENVISAGÉ DANS SES RAPPORTS AVEC LES DROITS DOMANIAUX

Nous avons exposé la jurisprudence des droits seigneuriaux, il n'est pas moins nécessaire de passer en revue la législation domaniale, tout au moins en ce qui touche les partages. Ceci est d'autant plus indispensable que nos droits d'enregistrement découlent directement de trois sources d'impôts existant autrefois et connus sous la dénomination de contrôle, d'insinuation et de centième denier.

Si la jurisprudence du parlement fut très libérale en ce qui concerne les droits féodaux, celle du conseil du roi fut au contraire très extensive et absorbante. Les controverses étaient peu nombreuses en ces matières ; car elles étaient étouffées à leur naissance par des édits ou des arrêts de règlement qui bien souvent venaient faire disparaître tout espoir pour le justiciable d'échapper à l'impôt. Un rapide examen suffira pour nous convaincre qu'aucun corps de doctrine et de jurisprudence n'avait pu se former sur les matières qui font l'objet de notre étude.

La plus ancienne source des profits domaniaux était le contrôle. Cette formalité avait pour but d'em-

pêcher les antيدات et d'assurer l'authenticité aux différents actes qui y étaient soumis. Elle s'accomplissait par la relation sommaire sur un registre à ce destiné de la teneur de l'acte, avec cette mention sur la pièce même qu'elle avait été contrôlée. Les registres du contrôle n'étaient pas publics et ne pouvaient être communiqués qu'aux parties intéressées, à leurs héritiers ou ayants cause.

Établi en 1581, le contrôle ne fut véritablement organisé que par un édit du mois de mars 1693. Il s'appliquait à *quelques contrats que ce soit, de vendition, échange, mariage, donations, ventes, partages*, passés devant notaires tant royaux qu'apostoliques. Pour que personne ne pût se soustraire à cette formalité, cet édit déclarait que les parties ne pourraient « en conséquence d'actes qui n'auraient point été contrôlés, acquérir aucune seigneurie, propriété, ne droit d'hypothèque et réalité, dérogeant à cet égard à toutes coutumes, ordonnances, édits, déclarations, arrêts, règlements et usages ».

Ainsi l'édit de 1581 tarifait expressément le partage fait dans la forme notariée, et le droit de contrôle était perçu sur la valeur entière des biens partagés, y compris ceux rapportés, sans aucune distraction des dettes et charges grevant lesdits biens.

Quant aux actes sous seing privé, ils étaient visés par deux déclarations du 19 mars 1696 et du 14 juillet 1699 et plus spécialement par l'édit du 24 octobre 1705. En ce qui concerne les partages de meubles ou d'immeubles faits en cette forme libre, ils n'étaient, comme tous les autres actes passés sous signature privée, assujettis au contrôle que lorsqu'on voulait s'en servir soit en justice, soit pour passer des actes

publics en conséquence pardevant notaire ou autrement¹. Le tarif du contrôle était déterminé par l'édit du 29 septembre 1722 dont l'article 59 frappait d'un droit gradué les partages et licitations.

Il est intéressant de connaître les véritables motifs qui présidèrent à l'établissement du contrôle, lequel rendit obligatoire l'enregistrement de tous les actes authentiques. Cette formalité avait pour but, dit avec emphase le préambule de l'édit de 1581 « de régler et remettre ce qui a esté altéré, tant en l'ordre de la justice que police, faire cesser les fraudes, procez, faulsetez, circonventions dont plusieurs ont cy-devant usé à la ruine d'aucuns de nos subjects, procédant les dits différens d'une infinité de faulsetez qui se sont commises et se commettent chaque jour par aucuns notaires et tabellions de notre royaume ès-actes et contracts qu'ils passent et reçoivent... »

Certes l'innovation pouvait paraître excellente; mais malheureusement l'intérêt de ses sujets ne fut pas la seule préoccupation du prince dont la véritable pensée semble bien percer à travers les termes de l'édit. En réalité l'établissement du contrôle était un moyen pour lui de se procurer l'argent nécessaire « au paiement, disait-il, des gens de guerre estant à nos garnisons et villes frontières et aultres dépenses pour le bien et la conservation de notre état. »

L'insinuation était la branche de l'impôt la plus fructueuse pour le fisc. Établie d'abord dans l'intérêt des particuliers et dans le but de donner une certaine publicité aux donations et aux substitutions, cette formalité prit ensuite un caractère purement bursal par

1. Merlin, *Répert.* V^o Partage, § XI; Denisart, V^o Contrôle; Bosquet, V^o Contrôle.

la perception du centième denier sur toute mutation de propriété ou d'usufruit d'immeubles, rentes foncières et autres droits réels et immobiliers. Le nouveau droit qui est considéré comme le salaire de l'insinuation des actes translatifs de propriété a été introduit par l'article 24 de l'édit du mois de décembre 1703, connu communément sous le nom d'édit des *insinuations laïques*.

Nous croyons utile de citer quelques-unes des dispositions les plus importantes de l'édit. « Attendu, y est-il dit, que rien n'est plus indispensable pour la conservation tant de nos domaines que de ceux de tous les seigneurs, soit ecclésiastiques ou laïques de notre royaume, que d'avoir une connaissance exacte de toutes les mutations qui arrivent dans l'étendue, tant de nos mouvances et censives que de celles desdits seigneurs... Nous voulons qu'à l'avenir tous contrats de vente, échange, décrets et autres titres translatifs de propriété de biens immeubles, tenus en fief ou en censive soit de nous ou des seigneurs particuliers de notre royaume, soient pareillement insinués et enregistrés dans le délai de six mois, pour lequel enregistrement sera payé le centième denier du prix desdits biens... que pour les biens dont la valeur excéderait dix mille livres, il ne puisse être payé plus de cent livres. » Les successions étaient également atteintes, sauf celles dévolues en ligne directe et les donations faites par contrat de mariage en faveur des enfants.

Le maximum du prix de l'insinuation était d'abord fixé à cent livres d'après l'édit de 1703 ; celui du mois d'octobre 1706 vint décider que le centième denier serait payé sur la valeur entière des biens soumis à la formalité.

Les actes translatifs de propriété ou d'usufruit d'alleu, la terre libre par excellence, s'échappaient encore à travers les mailles du réseau fiscal : une déclaration du 19 juillet 1704, par pure bonté, si nous l'en croyons, vint frapper du même droit les ventes, échanges, décrets et autres actes translatifs de propriété de biens en franc-alleu, franc-bourgage et franche-bourgeoisie, parce que, dit-elle, il n'y a pas moins d'intérêt de connaître quels sont les biens et héritages prétendus en franc-alleu que ceux qui n'y sont pas ¹.

Jusque-là seuls les actes translatifs de propriété étaient atteints, et il semblait que le partage, tant à raison de son caractère d'acte déclaratif qu'à cause de la grande faveur dont il jouissait à l'époque, devait rester longtemps à l'abri des coups de la nouvelle législation domaniale. Il n'en fut rien cependant. Le trésor était vide et les rois virent dans l'analyse rigoureusement logique du partage un moyen de le remplir. Ils pouvaient du reste invoquer comme précédent les dispositions de dix-huit ou vingt coutumes qui frappaient de droits seigneuriaux la soulte et la licitation. Ils ne purent donc résister à la tentation d'imposer cet acte digne cependant de plus de bienveillance, et dès l'année 1708 ils ordonnèrent que les licitations entre héritiers, copropriétaires et coassociés de biens immeubles tenus en fief ou en censive du roi ou des seigneurs particuliers, soit tenus en franc alleu, devraient acquitter les droits de centième denier.

Bosquet justifie en termes très clairs et très nets la décision de l'édit du 20 mars 1708 : « S'il est échu à l'un des cohéritiers, dit-il, ou autres copartageants

1. Guyot. *Répertoire*, v^o Droit de centième denier,

des immeubles au delà de ce qui doit composer sa part et qu'il soit tenu de faire raison de l'excédent à ceux qui sont moins partagés..... le droit de centième denier en est dû, quand bien même il s'agirait du partage d'une succession directe ou succession collatérale ou de tout autre partage quelconque, parce que la somme payée par l'un des copartageants à l'autre ou la rente dans laquelle il se constitue, est le prix d'une acquisition qu'il fait jusqu'à cette concurrence ¹. »

Ainsi voyons-nous en matière de partage le fisc recueillir ce que, dans la majorité des coutumes, la féodalité avait laissé échapper.

Il est cependant deux cas où le droit de centième denier n'est pas perçu sur la soulte.

C'est lorsque le paiement de la soulte se fait avec des deniers provenant de la succession commune. Alors le cohéritier n'acquiert rien puisque la valeur de l'immeuble ne dépasse pas le montant de ses droits héréditaires.

Le second cas a lieu quand celui qui est chargé du retour, a dans son lot des immeubles fictifs ou effets mobiliers qui dépassent la valeur de ce retour. On ne saurait dire, en effet, si cette soulte représente plutôt le prix de l'acquisition d'un excédent d'immeubles que celui des immeubles fictifs ou effets mobiliers qui jouissent d'une immunité complète ².

Quant à la licitation tranchée au profit d'un communiste, il a été décidé en jurisprudence qu'il fallait déduire la part de l'adjudicataire pour liquider le

1. Bosquet, *Dict. des domaines*. V. Partage, § 3 et licitation n° 3.

2. Merlin, V° Partage, § XI; Bosquet, V° Partage, § 3; Denisart, V° Centième denier.

droit de centième denier. Il est de toute évidence qu'il n'y a mutation en ce qui le concerne que pour ce dont il n'était pas propriétaire, c'est-à-dire pour le surplus (arr. 15 septembre 1731, 19 février 1739).

Si un immeuble se trouve impartageable et que l'on soit obligé de recourir à la licitation, le cohéritier adjudicataire ne sera pas soumis au paiement des droits s'il est stipulé qu'il prendra d'autant moins dans les autres effets de la succession.

Telles sont les différentes règles qui s'appliquaient au contrôle et à l'insinuation laïque de 1703. Le but et l'objet de ces deux institutions étaient bien opposés : l'une s'appliquait à tous les actes notariés ; l'autre était une formalité qui n'était nécessaire que pour les actes translatifs de propriété. Aussi un même acte pouvait-il être contrôlé et insinué et dans ce cas il était inscrit sur deux registres différents. Les registres du contrôle étaient secrets et ne pouvaient être communiqués qu'aux seules parties contractantes ; tandis que tout le monde avait droit de prendre connaissance des mentions portées aux registres des insinuations qui étaient publics. Cette jurisprudence domaniale a été recueillie par la loi du 22 frimaire de l'an VII où le droit de contrôle est devenu le droit fixe plus tard gradué, dit droit d'acte, quant au centième denier, il s'est transformé en droit proportionnel perçu sur les mutations en général.

Mais avant d'aborder l'objet même de notre étude, il importe d'exposer aussi brièvement que possible les effets du partage dans notre droit civil moderne. Cette deuxième partie comprendra deux sections, l'une relative au droit civil, l'autre au droit fiscal.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT MODERNE

SECTION PREMIÈRE

CARACTÈRE DU PARTAGE DANS NOTRE DROIT CIVIL

Les rédacteurs du Code, nous l'avons déjà fait remarquer, avaient trouvé alors dans toute sa force la théorie du partage déclaratif; ils la consacrèrent dans l'art. 883 C. c. « Chaque héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les objets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession ».

Le partage n'est donc pas, aux yeux du législateur, une affaire de spéculation, comme la vente et l'échange; il n'a d'autre but que d'opérer le règlement des droits indivis en déclarant ce qui appartenait à chacun des copropriétaires dans la masse commune¹. Notre principe qui a perdu une partie de son importance dans les matières fiscales joue encore un rôle considérable dans la sphère du droit civil où il s'est imposé autant par ses avantages pratiques indéniables que par l'effet de la tradition coutumière.

1. Voir Paroles du rapporteur Chabot (de l'Allier), Fenet, t. XII, p. 210.

Avant d'essayer de déterminer le champ d'application de l'article 883, il est nécessaire de rechercher auparavant le véritable caractère d'une maxime dont l'emploi est si fréquent dans notre langue juridique. Constitue-t-elle une fiction ou au contraire est-elle conforme à la réalité des faits? Ou plus clairement le partage est-il de sa nature translatif ou déclaratif de propriété? Telle est l'importante question très débattue encore aujourd'hui que nous aurons à résoudre.

En effet les uns, défenseurs résolus des intérêts des communistes, essaient de donner à l'article 883 la base la plus large; les autres au contraire, partisans jaloux de la conservation des droits des tiers cherchent à restreindre notre règle dans ses plus étroites limites.

Pour les premiers, l'idée du partage déclaratif est la seule véritablement juridique et ils considèrent cette opération comme ayant ce double caractère d'être à la fois un acte translatif et déclaratif. Il y aurait donc coexistence de deux éléments auxquels la loi n'attacherait pas une égale importance puisqu'elle semble reléguer à l'arrière-plan le caractère translatif du partage. En réalité le partage est déclaratif; il ne crée pas le titre du communiste; il n'a, en effet, pour but que de déterminer et de limiter les droits transmis par le défunt à chacun des copartageants. « C'est ce droit, dit M. Berthauld, qui se dégage de toute concurrence en se concentrant. Il planait sur la masse indivise, il se fixe en se complétant sur une portion déterminée de cette masse... Voici l'élément qui n'a rien de fictif, que l'art. 883 met en lumière et auquel il accorde une sorte de souveraineté. Voici l'élément qui n'est pas moins vrai, que cet article laisse dans l'ombre. Le partage, dans un certain sens, est attributif. Le droit de

chaque copartageant sur son lot s'augmente de ce que perd sur ce lot son copartageant : mais s'il gagne d'un côté parce qu'il acquiert une propriété exclusive, d'un autre côté il se dépouille de son droit de copropriété sur ce qui forme les lots de ses copartageants. On ne saurait nier que, sous ce rapport, le partage ne soit tout à la fois dévestif et investif ¹ ».

Les droits indivis des communistes, prétend-on dans cette opinion, qui sont incomplets, reçoivent par le partage leur caractère de perfection et de fixité. Il n'y a ici qu'une pure application de la théorie des conditions. En effet pendant l'indivision chacun des communistes n'est propriétaire qu'à charge de partager, *cum onere divisionis* ; chacun d'eux, propriétaire de sa part sous condition suspensive, n'est propriétaire de la part des autres que sous condition résolutoire. Or le partage qui n'est que l'accomplissement de la condition, doit produire une double rétroactivité en sens inverse. D'où chacun est réputé avoir toujours été propriétaire des objets mis dans son lot et ne l'avoir jamais été de ceux attribués à ses copartageants (Art. 1182 et 1183 C. c.). En un mot, le partage ne fait que fixer et déterminer la part de chaque communiste ².

Au contraire, pour les partisans de la seconde doctrine à laquelle nous croyons devoir nous rallier, le partage est en réalité translatif de propriété et ce n'est que par l'effet d'une fiction qu'on le considère comme déclaratif. Car si on fait l'analyse exacte et rigoureuse

1. Berthauld. *Questions pratiques*, t. I, n° 299.

2. Aubry et Rau, § 625, texte et note 1, t. VI. Demolombe, t. V, n° 258 et 264, *Succes*, de Valroger. *Revue de droit français et étranger* t. VII, p. 108. Ce dernier auteur concilie cette doctrine avec la théorie de la saisine.

de cette opération, on peut constater qu'elle consiste dans l'abandon d'une copropriété indivise dans certains biens afin d'acquérir la propriété entière et exclusive d'autres biens. Il y a donc ainsi des aliénations et des acquisitions réciproques qui donnent naissance à l'obligation de garantie et au privilège de l'article 2103 n° 3, C. c. C'est du reste ce qu'a bien fait remarquer A.-M. Demante : « Le partage en réalité n'est qu'un échange que chaque cohéritier fait de son droit indivis dans la totalité contre la propriété exclusive d'une portion déterminée ¹. »

La vieille théorie romaine qui assimilait cette opération soit à la vente, soit à l'échange, n'était donc, avec ses déductions savantes, que l'exposé des véritables principes. Que le législateur soit venu s'inscrire en faux contre cette doctrine ; qu'il lui ait paru bon de mettre à néant toutes les conséquences de l'état d'indivision en faisant remonter l'effet du partage jusqu'au jour de l'ouverture de la succession, nous ne saurions l'en blâmer. Placé entre deux intérêts opposés, celui des tiers et des communistes, ce fut ce dernier qu'il fit prédominer, parce qu'il lui parut avoir une importance bien plus considérable à tous les points de vue. Certes personne ne saurait critiquer les rédacteurs du Code d'avoir obéi aux mêmes raisons d'utilité pratique qui avaient déjà fait introduire ce système jusque dans notre droit coutumier. N'était-ce rien, en effet, que de tarir dans leurs sources une foule de procès, que de supprimer tout recours entre cohéritiers souvent devenus insolvable, que de faire régner enfin la

1. M. A.-M. Demante. *Cours analytique de Code civil*, t. III, no 225 Marcadé sur Part. 883. Félix Berriat. *Notes élémentaires sur le Code civil*, no 586. M. G. Demante. *Principes d'enregistrement*, no 701.

paix et la bonne harmonie au sein des familles, en évitant toutes contestations ?

Il aurait du reste fallu être bien épris de logique pour donner asile à la doctrine de Labéon qui semblait se faire complice de l'héritier prodigue et dissipateur en lui permettant, comme le disait Lebrun, *d'infecter* tout le bien d'une succession.

Mais, pour nous, il ne fut possible d'arriver à de tels résultats qu'en substituant la fiction à la réalité. C'est d'ailleurs ce que semble bien indiquer l'article 883, lorsqu'il dit que chaque cohéritier *est censé* avoir succédé seul à tous les objets mis dans son lot. De plus l'idée de fiction se manifeste avec plus d'évidence encore, quand il s'agit de soulte ou de licitation. Qu'est-ce après tout que la licitation, sinon une vente, c'est-à-dire un acte translatif de propriété ? Quant au partage avec soulte, il y a là également un acte mutatif pour tout ce qui excède ce à quoi avait droit le copartageant. Le véritable caractère juridique du partage a fort bien été mis en lumière par M. Laurent qui s'exprime ainsi : « Eh bien, de même que les colicitants » vendent leur part indivise à l'un d'entre eux pour » une part dans le prix, de même les copartageants » vendent leur part indivise contre une part divise » sée.....¹ ».

D'ailleurs les défenseurs de la première opinion sont eux-mêmes obligés d'avouer que la fiction joue un très grand rôle en tant qu'elle s'applique à la licitation et aux retours de lots. Il est donc indéniable que, en étendant l'effet déclaratif à ces deux modes de partage, les rédacteurs du Code, d'après l'aveu de Demolombe, « se sont plus préoccupés du résultat

1. Laurent, *Principes de droit civil*, t. X, no 395.

» qu'ils voulaient obtenir, que de savoir si la cause,
» à laquelle ils le demandaient, était bien logique-
» ment susceptible de le produire, et qu'ils ont, dans
» ces derniers cas, fait prévaloir, sur la vérité du
» fait, la grande faveur que méritent les actes de par-
» tage....¹ ». Aussi n'est-ce que par de graves rai-
sons d'utilité et d'équité qu'on peut expliquer et légi-
timer l'introduction du principe déclaratif dans notre
droit.

Du rapprochement des textes le véritable caractè-
re du partage ressortira mieux encore.

En effet, le législateur qui décide dans l'article 883
que chacun des cohéritiers sera *censé* tenir sa part di-
rectement du défunt, ne reste pas toujours enfermé
dans le domaine de l'abstraction. Ne voulant pas que
la fiction qui a été créée dans l'intérêt des coparta-
geants puisse leur nuire, il se hâte, dans l'article 884,
de revenir au principe du partage translatif : d'où la
nécessité pour lui de reconnaître que cette opération
n'est en réalité qu'un échange ou une vente et d'édic-
ter l'obligation de garantie.

Nous pouvons encore citer à l'appui de notre opi-
nion les articles 888 et 2103 n° 3 qui semblent non
moins probants. Car si l'on n'admet pas l'idée d'alié-
nation, il est impossible de comprendre le privilège
accordé par l'article 2103 n° 3 et d'en donner une ex-
plication rationnelle.

D'autre part, l'article 888 ne vient-il pas affirmer
qu'entre cohéritiers il faut moins s'attacher à la qua-
lification et à la nature de l'acte qu'à son objet ? Que
les parties l'aient appelé vente, échange ou de tout
autre nom, dit en substance cet article, tout acte dont

¹. Demol, t. V, *Success.*, no 264.

le but est de mettre fin à l'indivision est un partage et jouit du bénéfice de la fiction.

D'ailleurs il est maints endroits du Code qui dénotent la véritable pensée de ses rédacteurs et montrent bien que ceux-ci n'ont eu recours à la fiction que pour mieux servir les intérêts des communistes. Où ces intérêts ne sont plus en jeu, la fiction disparaît et la réalité reprend sa place. Aussi malgré la disposition de l'article 883, ce qui dénote bien que le législateur a considéré le partage comme un acte touchant à la propriété, et non comme un simple acte d'administration, c'est qu'à l'égard de certaines classes d'incapables, les mineurs et les interdits, il a exigé l'intervention de l'autorité judiciaire (465, 466, 817, 819 C. c.) et qu'il a refusé au mari le droit de demander, sans le concours de sa femme, le partage des objets qui ne doivent pas tomber dans la communauté, bien qu'il en ait l'administration ¹.

Quant aux articles 709 et 710 du Code civil, comment les expliquer si l'on ne laisse pas de côté la maxime du partage déclaratif?

D'autre part, l'application de la règle inscrite dans l'article 883 a été écartée par deux lois récentes sur l'hypothèque maritime, celles du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885.

Dans le but de favoriser le crédit maritime, la loi de 1874 avait voulu conserver, même après le partage, tous leurs effets aux hypothèques consenties sur des navires durant l'indivision. Toutefois elle maintenait sous l'application de l'article 883 les cas d'indivision involontaire résultant soit d'une succession, soit de la dissolution d'une communauté conjugale.

1. V. Dutruc, *Du partage de succession*, nos 15, 22, 261, 282 et s.

La loi du 10 juillet 1885, abrogative de la précédente, a fait disparaître cette exception et adécidé que les créanciers inscrits sur une portion de navire peuvent suivre leur gage en quelques mains qu'il passe et quelle que soit la cause qui a fait naître l'indivision (art. 17). Ici l'intérêt des tiers étant préférable à l'intérêt des communistes, le législateur n'a pas hésité à le faire prévaloir.

En présence de ces nombreux arguments, il nous semble bien permis de soutenir que le partage est en réalité un acte d'aliénation et que ce n'est qu'*utilitatis causa* qu'on a pu lui faire produire des effets diamétralement opposés à sa véritable nature juridique.

Mais si les rédacteurs du Code eurent raison de donner asile à la nouvelle théorie, ils eurent cependant le tort très grave de ne pas déterminer le domaine exact de la fiction. Ce défaut d'indication a fait naître bien des controverses et a conduit à bien des erreurs tant en doctrine qu'en jurisprudence. Même parmi ceux qui sont d'accord sur la nature fictive du partage, il en est bien peu qui puissent s'entendre sur la véritable sphère d'application de l'article 883.

Nous aurons donc à rechercher plus loin dans l'examen de certaines difficultés quelle est la portée de cet article ; et pour cela, nous ne partirons pas de ce principe que nous sommes en présence d'une fiction qu'il faut restreindre dans les plus étroites limites. Nous devons, au contraire, nous inspirer du véritable esprit de la loi qui n'a eu d'autre but que de sauvegarder l'intérêt des communistes. Cet intérêt est-il menacé ? Il faudra aussitôt faire appel à la fiction pour le protéger. Est-il à l'abri de toute atteinte ? La maxime ne trouve plus son champ d'application et il

faut l'abandonner complètement et rentrer dans la réalité. Tel est le critérium qui nous servira à résoudre les différentes difficultés qui se rencontreront sur notre route.

Notons dès maintenant que cet article, quoique placé dans le Code au titre des successions, renferme un principe général régissant tous les cas d'indivision. Telle était déjà, nous l'avons vu, la doctrine admise dans notre droit coutumier. Nul doute que cette tradition n'ait été abandonnée par nos lois modernes et la meilleure preuve se trouve dans les articles 1476 et 1872 qui renvoient, pour tout ce qui concerne la liquidation et les effets du partage de la communauté conjugale et de la société, aux règles édictées au titre des successions.

Après ces explications préliminaires, nous pouvons aborder l'étude de l'article 883.

Nous allons diviser cette partie de notre sujet en quatre chapitres différents ; car nous aurons à nous demander :

- 1° A quels actes ;
- 2° A quels biens ;
- 3° Entre quelles personnes la règle du partage déclaratif est applicable ;
- 4° Enfin quels en sont les effets.

Sur tous ces divers points, notre examen sera aussi rapide que possible ; mais il importe de bien préciser les règles du partage, avant que de faire à cet acte juridique l'application des principes du droit fiscal.

CHAPITRE PREMIER

DES ACTES AUXQUELS S'APPLIQUE LA RÈGLE DU PARTAGE DÉCLARATIF.

Nous avons posé en principe que tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision constitue un partage. Comme le Code n'a pas désigné nommément les divers actes qu'il considère comme tels, nous devons donc nous appliquer à les rechercher.

§ 1^{er}. — **Partage en nature.**

Aucun doute ne saurait s'élever sur ce point. En effet, cette opération qui a pour but de diviser les biens communs en lots égaux aux droits des copartageants est spécialement visée par les termes mêmes de l'article 883. Ainsi en vertu de notre principe les conséquences de l'indivision s'effacent et chacun est censé avoir été seul propriétaire, dès l'ouverture de la succession, des objets à lui attribués.

Il faut, pour qu'il y ait partage, et ceci est de toute évidence, qu'il y ait préalablement indivision. On ne saurait donc voir l'indivision dans le fait seul que plusieurs personnes ont des droits différents sur une même chose. Tel serait le cas du nu propriétaire et

de l'usufruitier. Aussi les diverses conventions faites entre eux et relatives à la chose sur laquelle ils ont des droits ne sauraient avoir le caractère de partage.

Au point de vue des effets de l'article 883, nous devons remarquer qu'il importe peu que le partage ait été fait à l'amiable ou en justice; qu'une égale quantité de meubles ou d'immeubles n'ait pas été mise dans chaque lot, car l'article 832 C. c. ne faisant que formuler un désir dans l'intérêt des copartageants, il est donc permis à ceux-ci d'y déroger chaque fois que leur intérêt l'exige ainsi.

D'autre part si l'article 883 s'applique au partage d'une universalité, son action ne s'étendra pas moins au partage partiel pour les biens qui y sont compris. De ce que certains objets restent dans l'indivision, ce fait seul ne saurait changer le caractère déclaratif de cet acte ¹.

§ 2. — Du partage avec soulte.

Notre code a-t-il suivi la tradition de l'ancien droit qui assimilait au partage en nature le partage avec retour de lots? L'article 833 qui nous présente la soulte comme un moyen d'égaliser les lots, pourrait nous fournir d'excellents arguments pour le prouver si ce point était contesté sérieusement.

M. Rodière, s'appuyant sur l'article 68 de la loi du 22 frimaire an VII, a cependant soutenu le contraire. Il y aurait, d'après lui, dans le partage avec retour de lots une vente jusqu'à concurrence de la soulte et un partage pour le reste. Cette opinion est restée isolée, car ce n'est pas avec les textes du droit fiscal qu'il

1. Demol. *Success.*, t. V, n° 276.

faut interpréter notre législation civile (*Revue de législ.* 1852, p. 309).

D'ailleurs, s'il est vrai que l'on puisse soutenir que la soulte n'est qu'une licitation faite à l'amiable, ou tout au moins qu'elle n'est qu'une licitation limitée dans son *quantum*, il en résultera que cet acte se trouve visé implicitement par les termes de l'article 883 qui comprend dans son énumération la licitation. Aussi l'article 1408 semble-t-il bien assimiler ces deux genres d'actes dans ces mots : *à titre de licitation ou autrement*. Nous tenons donc désormais comme évident que toutes les règles du partage s'appliquent à notre espèce.

Dans la pratique la soulte consiste le plus souvent en argent ou en rente ; elle pourrait être payée aussi de toute autre manière, par exemple, au moyen de meubles ou d'immeubles propres à celui qui la doit. (Demolombe. *Successions*, V, § 270).

§ 3. — De la licitation.

La loi met expressément au même rang que le partage en nature la licitation. Conformément à une tradition constante, il importe peu que la licitation ait eu lieu en justice ou pardevant notaire, ou que le bien soit ou non facile à partager, les termes non restrictifs de l'article 883 permettent aux parties d'opérer le partage à leur guise et au mieux de leurs intérêts.

Mais la condition essentielle imposée par la loi pour que la licitation se produise avec effet rétroactif, c'est que l'adjudication soit tranchée au profit d'un colicitant. C'est du moins ce qui est admis générale-

ment et ce qui semble bien résulter de ces termes *ou à lui échus sur licitation*. Selon nous, l'étranger adjudicataire ne saurait être considéré que comme un acquéreur et ne pourrait se prévaloir du bénéfice d'une règle édictée dans le seul intérêt des communistes.

Tous les jurisconsultes ne partagent pas entièrement cette opinion. Pour Mourion notamment, l'effet déclaratif du partage devrait s'étendre aussi au cas où l'adjudication a été prononcée au profit d'un étranger. En effet, quel a été le but et la pensée des rédacteurs du Code? C'est, d'après cet auteur, de mettre fin à l'indivision, d'assurer la stabilité des partages et la tranquillité des familles. Or si l'adjudicataire est obligé de respecter tous les droits réels consentis pendant l'indivision, le but recherché par la loi ne sera pas atteint (Mourlon, *Répét. écrites*, t. II, tit. des success. sect. iv).

M. Liégeois croit trouver dans l'article 883 lui-même la justification de cette théorie. Les cohéritiers sont réputés n'avoir jamais été propriétaires des objets qui ne sont pas tombés dans leurs lots; « or, dit-il, ne l'ayant pas été, ils n'ont pu grever d'hypothèques l'immeuble en question, car la propriété est la condition première de la constitution de droits réels (art. 2129 C. c.); donc l'adjudicataire le reçoit franc et quitte de toutes charges¹ ».

Ces arguments ne sont pas péremptoires; car, d'une part, on ne peut soutenir que l'étranger comme le cohéritier est censé avoir succédé *ab initio* en quelque manière que ce soit au défunt; et d'autre part, on ne peut outre mesure étendre le texte de l'article 883

1. M. Liégeois, Monographie sur l'art. 883, p. 87.

qui est restreint aux rapports des cohéritiers entre eux. *Chaque héritier*, dit cet article ; il faut donc en conclure que les rapports des cohéritiers avec les tiers restent en dehors du domaine de la fiction.

La conséquence de notre système est que tous les droits réels constitués pendant l'indivision subsistent ; que les cohéritiers n'ont pas dans notre espèce le privilège du copartageant (art. 2103, n° 3, 2109 C. c.), mais le privilège du vendeur (art. 2103, n° 3, 2108 C. c.) et qu'ils peuvent exercer l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix (1654) et provoquer la revente sur folle enchère, si l'adjudication a eu lieu en justice. Il faudra décider enfin que pour intenter l'action en rescision la lésion devra non pas être du quart, car il n'y a pas partage, mais des sept douzième en vertu de l'art. 1674. D'un autre côté l'adjudication devra être transcrite : c'est ce qui résulte clairement de l'article 1, § 4, de la loi du 23 mars 1855 qui soumet à la formalité de la transcription « tout jugement d'adjudication autre que celui rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant ».

Mais dans notre hypothèse devra-t-on considérer chacun des colicitants comme vendeur au prorata de ses droits dans l'objet licité, de telle sorte que l'immeuble pourrait se trouver grevé, jusqu'à concurrence de leurs parts, des privilèges et hypothèques consentis pendant l'indivision aux créanciers personnels de chacun d'eux ? Demolombe propose la distinction suivante¹.

Ou bien, au moment de la licitation, les droits de

1. Demol. *Successions*, t. V. n° 273 ; V. A.-M. Demante, t. III, n° 225 bis, IV ; Aubry et Rau, t. VI, p. 564 ; Grenoble 2 juin et 19 août 1863, Sir. 63. 2. 240 ; Civ. Cass. 26 juillet 1848, Sir 48.1.561.

chacun des cohéritiers sur l'immeuble adjudgé sont fixés par une liquidation ; tous alors devront être considérés comme vendeurs pour leur part héréditaire.

Ou au contraire, aucune liquidation n'a été faite et la licitation ne constitue alors qu'un acte préparatoire et c'est au résultat ultérieur du partage qu'il faudra s'attacher pour déterminer lequel des colicitants doit être considéré comme vendeur. L'événement du partage constitue en quelque sorte l'accomplissement d'une condition qui consolide tous les droits réels acquis du chef de ce dernier et fait évanouir ceux consentis par ses autres cohéritiers.

Cette distinction si ingénieuse soit-elle ne saurait nous satisfaire. L'immeuble licité ayant cessé de faire partie de la masse commune, il ne peut donc faire l'objet d'aucune convention de partage. Peu importe les arrangements que les divers copartageants prennent en ce qui concerne le prix de vente ; il n'y a là qu'une cession de créance pure et simple, car la vente a été faite par chacun des héritiers qui est devenu créancier du prix au prorata de ses droits héréditaires. Toutes ces conventions ne peuvent nuire ni profiter à l'adjudicataire pour lequel il y a *res inter alios acta* et les hypothèques créées pendant l'indivision subsisteront et produiront effet dans les limites de la part de chacun des constituants¹.

En pratique la difficulté est prévue et tranchée par une clause du cahier des charges qui fixe la situation de l'adjudicataire vis-à-vis des cohéritiers.

1. Colmet de Santerre. *Revue critique*, 1864, t. XXIV, p. 490. Douai, 2 juillet 1848, Sir. 49. 2. 396.

§ 4. — Actes équipollents à partage.

Si pour faire cesser l'indivision les trois procédés que nous venons d'indiquer sont les plus fréquents et les plus usuels, il ne s'ensuit pas qu'ils soient les seuls.

On assimile au partage tous les actes qui, appelés par les parties vente, échange, transaction, etc., ont eu pour objet et résultat de faire cesser l'indivision entre tous les cohéritiers, soit quant à l'un des objets compris dans l'hérédité, soit quant à l'hérédité elle-même en tout ou en partie.

Il est cependant certains actes qui, bien que mettant fin complètement à l'indivision ne sauraient être considérés comme un partage : ce sont, lorsqu'elles ont lieu à titre gratuit, les renonciations et cessions que l'un des cohéritiers fait de ses droits successifs à ses autres communistes. Ici, aucune assimilation n'est possible avec le partage, puisque le partage est essentiellement un acte à titre onéreux. Ainsi les cohéritiers donataires ne sont que les ayants cause du donateur, ce qui est contraire à la nature et au caractère de cette opération. D'où cette conséquence qu'il y aura lieu de maintenir tous les droits réels constitués par le donateur pendant l'indivision, et que, si la libéralité porte sur une part indivise d'immeuble, la transcription sera requise conformément à l'article 939 C. c.

Par analogie avec la licitation, il faut décider que l'article 883 s'applique à la cession de leurs droits héréditaires faite par tous les cohéritiers à l'un d'entre eux. Ce point ne saurait faire de doute, surtout si

l'on songe que cette cession n'est en réalité qu'une licitation amiable. Aussi ne pourrait-on forcer des parties majeures à supporter les frais et les ennuis d'une vente judiciaire, alors que celles-ci sont d'accord pour opérer elles-mêmes le règlement de leurs droits héréditaires. Cette cession de droits successifs, selon nous, ayant tous les caractères d'un partage, devra être soumise à toutes les conséquences qu'il comporte (Nîmes, 22 août 1865, Sir.66.2. 23).

Nous avons supposé jusqu'ici des actes ayant pour objet la cessation de l'indivision *entre tous les cohéritiers*. Ne devra-t-on appliquer l'article 883 qu'à ces actes seuls? Ne doit-il pas être étendu à certains actes, — encore bien qu'ils ne fassent pas entièrement cesser l'indivision entre tous les cohéritiers? Telle est la question très délicate et très controversée que nous avons à examiner, question qui dans la pratique se pose principalement en matière de licitation et de cession de droits indivis.

Avant d'aborder la difficulté, précisons bien l'hypothèse que nous avons en vue.

Trois héritiers sont appelés à une succession et l'un d'eux reçoit de ses cohéritiers un immeuble pour le remplir de ses droits, cette opération est un véritable partage, bien que ces derniers soient dans l'indivision pour le surplus des biens de la succession. C'est qu'il n'y a là en réalité qu'une attribution de parts qui, relativement aux biens abandonnés, a fait cesser l'indivision à l'égard de tous (Demol. *Success.* t. V, n° 286. Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, t. III, n° 2738. Cass. 2 avril 1851, Dev. 1851. 1. 337).

Mais modifions l'hypothèse et nous verrons le dé-

bat s'engager aussitôt. Supposons, en effet, que l'un de nos cohéritiers ait vendu ses droits successifs soit à un seul soit à ses deux autres copropriétaires, acquéreurs conjoints, lesquels, dans ce dernier cas, restent dans l'indivision entre eux, quelle sera alors la nature et le caractère de cette opération ?

Pour les uns, il y a partage toutes les fois que l'acte intervenu entre les copropriétaires a eu pour effet de faire cesser l'indivision ou seulement de diminuer le nombre des communistes ; et peu importe que cet acte soit une licitation, une vente ou une cession. C'est là la théorie du *premier acte* telle qu'elle était admise par Guyot et un certain nombre de feudistes. « Il n'y a » point de règle, disait cet auteur, qui oblige les as- » sociés à ne sortir de communauté qu'en la rompant » avec tous ; cela ne fait que diminuer le nombre des » copropriétaires..... C'est toujours un acte qui n'a » trait qu'à la dissolution de la communauté et dans » lequel l'esprit des contractants est de partager et » non de vendre ¹ ».

Ainsi dans notre espèce, la cession de ses droits par Primus à Secundus qui reste dans l'indivision avec son cohéritier Tertius, a tous les caractères d'un partage.

Cette opinion, si elle a quelques rares partisans dans la doctrine, n'a pas été accueillie en jurisprudence, et nous croyons qu'il faut la rejeter malgré la tradition de l'ancien droit. En effet, si tous les cohéritiers n'ont pas concouru à la cession, on ne peut réellement l'assimiler à un partage, car il ne peut y avoir réellement

¹ Guyot. *Traité des licitations*, ch. 3, § 4, n° 4. — Fonmaur. *Traité des lods et ventes*, n° 303. — V. parmi les auteurs modernes, Championnière et Rigaud, n° 2734.

partage que par l'accord de toutes les personnes qui ont des droits dans la masse indivise. — Lorsque au contraire tous les autres cohéritiers sont devenus cessionnaires des droits de l'un d'eux, il y a là en quelque sorte un arrangement de famille et tous ont intérêt à ce que la cession produise un effet déclaratif pour le règlement ultérieur de leurs droits. « Mais, comme » le fait fort bien remarquer M. Laurent, quand la » cession se fait entre quelques-uns, ce n'est plus un » règlement des intérêts communs de la famille, il » n'y a donc aucune raison de s'écarter des principes » généraux et de remplacer la réalité des choses par » une fiction ¹ ». Il est en effet de principe qu'il ne faut pas étendre la fiction en dehors des cas pour lesquels le législateur a été obligé de la créer. D'ailleurs l'indivision n'a cessé à l'égard de personne, puisque le notaire liquidateur sera toujours obligé de composer trois lots. Secundus devra donc intervenir au partage tant de son chef que comme représentant la personne du cédant ².

La jurisprudence adopte un système diamétralement contraire à celui que nous venons d'exposer, tout en le combattant : d'après elle, la fiction produite par l'article 883 doit être interprétée très restrictivement comme dérogoire aux principes du droit commun. Aussi l'acte passé entre tous les cohéritiers qui n'a eu pour but que d'éliminer un ou plusieurs copartageants, mais qui laisse subsister l'indivision entre les autres ne peut être considéré comme un partage.

1. Laurent. *Principes de droit civil*, t. X, n° 423.

2. Comp. Laurent. *Principes de droit civil*, t. X, n° 426. — Bertauld. *Questions pratiques et doctrinales*, t. I, n° 314. — Demolombe, t. V, *Success.*, n° 285.

En un mot, l'effet déclaratif n'est attaché qu'aux actes qui font cesser l'indivision entre tous les ayants droit ¹. — Ainsi, d'après ce second système, la cession de ses droits successifs, faite par un cohéritier à ses cohéritiers, n'ayant pas pour effet de rompre l'indivision à l'égard de tous, ne saurait constituer un partage, dans le sens de l'article 883 C. c. Il faudrait que l'indivision cessât d'une manière complète. Or, si l'opération n'est pas un partage, il faut en tirer cette conséquence que les cessionnaires, acquéreurs conjoints, devront supporter tous les droits consentis par le cédant durant l'indivision.

Dans sa note sur l'arrêt ci-dessus relaté (8 mars 1875), M. Labbé essaie de justifier les décisions de la jurisprudence par des motifs un peu différents. Pour lui, cette cession qui diminue le nombre des copropriétaires, sans faire cesser l'indivision, n'est pas encore un partage, mais un acheminement au partage. — Cette opération n'a pas tout d'abord de caractère déterminé et sa nature juridique dépendra de la manière dont finira l'indivision. « Le sort du premier acte est d'un effet incertain jusqu'à ce que l'on sache comment l'indivision cessera ; si l'indivision qui avait survécu au premier acte cesse enfin par la concentration de la propriété sur la tête d'un seul des copropriétaires, l'article 883 est applicable non seulement au deuxième acte, mais encore au premier qui avait diminué le nombre des propriétaires et préparé le résultat final ». (V. Sir. 1875. 1. 449).

1. V. Cass., 10 nov. 1863, Sir. 63. 1. 429 ; 8 mars 1875, Sir. 1875. 1. 449 (avec la note très détaillée de M. Labbé). — 23 avril 1884, Sir. 1884. 1. 209 ; 19 mai 1886, Sir. 1887. 1. 113 (avec les notes de M. G. Demante sur ces deux arrêts).

En résumé, le second acte répercute sur le premier et lui imprime sa nature juridique, à ce point que si l'adjudication a été tranchée au profit d'un communiste, il ne pourra être opposé à celui-ci aucun des droits consentis par le cédant pendant l'indivision.

La théorie de M. Labbé est très ingénieuse ; mais elle nous semble peu conforme à l'esprit de notre loi moderne qui se montre si peu favorable à l'état d'indivision. Or le moyen de rendre à la propriété *son intégrité*, n'est-ce pas de faire participer à la nature du partage ces actes qui en sont souvent les préliminaires nécessaires.

Subsidiairement, M. Labbé examine quel sera le droit à percevoir sur cet acte, dont la nature et les effets seront incertains, lorsqu'il sera présenté à la formalité. « Il sera tarifé comme vente, dit-il, parce qu'il n'est pas encore un partage, puisqu'il ne fait pas cesser l'indivision. »

Il nous semble qu'aucun doute ne pourrait s'élever sur ce point, même si l'on admet, d'après notre opinion, que cette cession constitue un acte de partage. En effet nous avons défini la cession une licitation amiable ; or toutes les licitations sont aux termes de la loi de frimaire tarifées au droit proportionnel *sur les parts acquises*.

La seule difficulté qui puisse se présenter est celle de savoir si oui ou non le droit de transcription doit être perçu. En principe, ce droit est dû, ainsi que nous aurons occasion de le constater plus loin, toutes les fois que la transcription peut présenter pour les parties quelque utilité. Or le caractère juridique de l'opération restant en suspens, il est bien évident que l'accomplissement de cette formalité serait nécessaire

et qu'il faudrait en acquitter le prix. Si l'on considère au contraire la cession comme un acte de partage, ainsi que le prétend un système que nous allons exposer, une des conséquences du principe déclaratif sera d'éviter aux contribuables les frais dont s'agit.

La Cour de cassation apporte un tempérament à cette doctrine rigoureuse et elle considère comme un partage la cession de droits successifs faite par l'un des héritiers à tous les autres cohéritiers, lorsque ceux-ci, par le même acte, ont procédé à la liquidation de leurs droits indivis. Elle voit en effet dans cette opération qui a pour but et pour résultat de mettre fin à l'indivision entre tous les héritiers, au moyen d'attributions en argent pour les uns, et en nature pour les autres, tous les éléments constitutifs d'un véritable partage ¹.

Nous préférons quant à nous, nous rallier à la doctrine professée par M. Laurent qui n'exige pas, pour qu'il y ait partage, que l'indivision ait cessé totalement quant à l'objet ou aux biens indivis, mais seulement que l'acte ait été passé entre tous les communistes. Du reste, cette théorie était déjà admise dans l'ancien droit, et rien ne prouve que les rédacteurs du Code aient entendu l'abandonner ². C'est ce qui semble bien résulter d'ailleurs, de l'article 888 qui considère comme acte équipollent à partage, tout acte quelle que soit sa dénomination qui a pour objet de faire cesser l'indivision *entre cohéritiers*; la loi ne dit pas *entre tous cohéritiers*.

1. Voir Cass. 10 nov. 1862, Sir. 1863-1-129. Voir Sir. 1887-1-113, la note de M. G. Demante sur l'arrêt du 19 mai 1886.

2. Pothier, *Traité des fiefs*, I, chap. v., § 3, et de la vente n° 644. Pothier de Livonnière. Coutume d'Anjou, n° 282.

D'après ce système, la cession de droits successifs, lorsque tous les héritiers y ont pris part, constitue un véritable partage régi par l'article 883, et peu importe qu'elle ait fait cesser l'indivision quant aux objets cédés, soit à l'égard de tous les héritiers, soit à l'égard de quelques-uns. « S'il y a partage entre tous les héritiers, dit fort bien M. Laurent, quoique l'indivision subsiste à l'égard de quelques-uns d'entre eux, il en doit être de même des actes que la loi ou la doctrine assimilent au partage ; il n'y a aucune raison de faire à cet égard une différence entre la licitation et la cession. Quand tous les héritiers concourent à la cession, elle ne diffère de la licitation que par la forme ; or la forme ne peut avoir aucune influence sur la question de savoir si l'acte est une vente ou un partage, s'il est attributif ou déclaratif de propriété. La cession faite avec le concours de tous les héritiers est un des éléments du partage, ce que la tradition appelle *un premier acte* ; on peut dire que c'est une clause du partage général, elle en doit par conséquent produire les effets. » *Principes de droit civil* t. X, n° 424.

La Cour de cassation semblait avoir accédé à cette doctrine par un arrêt du 9 décembre 1878 (Sir. 1879-1-404), lorsque dans ces dernières années un revirement complet s'est opéré dans sa jurisprudence. L'arrêt de 1878 décidait que, l'effet déclaratif pouvait résulter d'un partage réel ou de tout autre acte équivalent, alors même que tous les intéressés n'auraient pas été lotis complètement, pourvu toutefois que chacun d'eux eût figuré au contrat. Il s'agissait dans l'espèce d'une donation-partage faite par un père à ses cinq enfants, acte auquel tous les communistes

avaient concouru, et par lequel l'un d'eux avait reçu pour sa part une somme de 6,000 francs due par lui à son père avec dispense, à titre desoulte, de contribuer au paiement des dettes du donateur. La Cour de cassation pour ne pas se mettre en contradiction trop ouverte avec sa jurisprudence antérieure décidait que ce traité litigieux n'était pas une cession; qu'aucun contractant n'y jouant le rôle de cédant et de cessionnaire il ne constituait qu'un partage partiel et particulier. En examinant attentivement cet arrêt, on peut constater que ce traité litigieux n'est autre chose qu'une cession à forfait faite au profit de tous les cohéritiers du cédant. Or, selon nous, la cession, même faite, à forfait, constitue un véritable partage, mais pourvu que tous les intéressés aient pris part au contrat, car la cessation de l'indivision a été complète entre le cédant et ses cohéritiers.

M. G. Demante s'est élevé avec beaucoup d'énergie contre la doctrine qui tend à prévaloir en jurisprudence, aussi ne saurions-nous mieux faire que de transcrire, sur ce point, les observations dont il a fait suivre l'arrêt précité du 19 mai 1886.

« Lorsque la cession, dit-il, est faite à un ou quelques-uns des cohéritiers, elle n'est point un partage (nonobstant art. 888, 889, C. civ., V. Cass., 28 juin 1859, Sir. 1859. 1. 753). Les droits du cédant dans la masse restent à déterminer; il importe peu que ces droits, au lieu d'être exercés par lui, soient exercés par son cessionnaire. Le partage reste donc à faire. Le cessionnaire a seulement acquis le droit de figurer dans ce partage pour deux parts au lieu d'une.

» Au contraire, quand la cession est faite à tous les

cohéritiers, le cédant, ni personne pour lui, n'a plus rien à prétendre dans la masse commune. Puisque le lotissement individuel produit l'effet déclaratif, qu'il résulte soit d'un partage réel, soit d'un acte équivalent (arrêt de 1878), pourquoi la cession faite à tous les cohéritiers n'est-elle pas considérée comme un de ces actes équivalents? Il m'est impossible de saisir le fondement de cette distinction.

» Je pense donc, en somme, que le caractère du partage devrait être reconnu à l'acte quelconque, passé entre tous les cohéritiers, qui a pour objet de lotir définitivement même un seul d'entre eux. »

On peut donc soutenir, croyons-nous, que la cession n'étant qu'un acte préparatoire et une dépendance du partage, doit comme lui, être soumise aux mêmes règles et jouir du bénéfice de la fiction, puisque là encore elle trouve son utilité et sa justification. Nous repoussons donc la doctrine admise par la Cour régulatrice parce que nous ne la croyons pas conforme à la tradition, au texte comme à l'esprit de la loi, et de plus parce qu'elle nous paraît dangereuse dans ses conséquences. Elle aboutit en effet à maintenir les hypothèques consenties pendant l'indivision et à entraîner des recours entre cohéritiers, ce qui est précisément contraire au but que s'est proposé le législateur.

Nous avons dit plus haut que si l'acte de cession a été consenti non pas à tous, mais seulement à un seul des communistes, il y aurait là une opération ayant tous les caractères d'une vente; l'acquéreur devrait alors être considéré comme l'ayant cause du cédant. Il en résulte donc que s'il s'agit de droits im-

mobiliers, la transcription est nécessaire et que le maintien des charges créées pendant l'indivision peut rendre indispensable la formalité de la purge des hypothèques.

Nous devons maintenant nous demander quel sera l'effet du partage ou de la licitation qui interviendront entre le cessionnaire et les autres cohéritiers? Que deviendront à la suite de ce partage les droits réels constitués par le cédant? — Demolombe fait avec raison, selon nous, la distinction suivante :

Le partage a-t-il lieu en nature? En vertu de ce principe que le cessionnaire est considéré comme l'ayant cause du cédant, il doit être tenu sur les biens acquis des charges créées par ce dernier, comme il le serait de celles qu'il aurait créées lui-même.

Au contraire, si une licitation intervient et est tranchée au profit du cessionnaire, nous ne trouvons plus les mêmes raisons pour nous faire adopter la première solution. Les hypothèques du chef du cédant qui avaient subsisté jusqu'alors, s'évanouissent à la suite de la licitation. L'adjudicataire a bien, il est vrai, la qualité de cessionnaire, mais cette qualité ne peut lui faire perdre le bénéfice de sa vocation héréditaire. Il en résulte donc qu'au même titre que ses cohéritiers, ce dernier doit être réputé avoir succédé seul au défunt, quant à la totalité des biens à lui adjugés, et que, par suite, l'effet déclaratif s'applique tant aux droits constitués par les colicitants que par celui qui a vendu ses droits successifs. Désormais la portion du cédant n'a plus pour objet un immeuble, mais une partie du prix d'adjudication.

Il est bien évident que ce que nous disons des

hypothèques conventionnelles doit s'entendre aussi des hypothèques légales ou judiciaires grevant les biens cédés soit à la suite d'un jugement rendu contre le cédant, soit à la suite d'un mariage contracté par lui pendant la période d'indivision. Notons toutefois que les droits d'enregistrement et de transcription acquittés par le cessionnaire ont été régulièrement perçus et qu'aux termes de l'article 60 de la loi du 27 frimaire an VII ils ne feront pas l'objet d'une restitution, lorsque, comme dans notre espèce, la totalité de l'immeuble héréditaire s'est concentrée entre les mains de ce dernier.

Mais l'article 883 est-il applicable au cas où un étranger cessionnaire des droits d'un cohéritier s'est ensuite rendu adjudicataire de l'immeuble tout entier? Des auteurs ont prétendu que ce tiers acquéreur d'une part indivise n'ayant pas de titre commun de copropriété ne peut être fondé à invoquer notre fiction. Car ne puisant son titre que dans la vente qui lui a été consentie, celui-ci ne peut-être réputé avoir succédé aux objets mis dans son lot dès l'ouverture de la succession et les tenir directement du défunt.

La cour de Cassation admet ce système en matière fiscale, système qui était conforme à la doctrine pratiquée dans l'ancien droit ¹; (Cass., 19 déc. 1845, 26 mai 1846, 9 janv. 1854) mais elle n'exige nullement la condition du *titre commun* en matière civile (Cass., 27 janv. 1857. Sir. 1857. 1. 665).

La cour suprême justifie sa théorie en se basant

¹ V. Fonmaur. *Traité des lods et ventes*, n° 307. Guyot. *De la licitation*, ch. III, Sect. III, § 5.

sur ce fait que l'étranger acquéreur de portions indivises est mis par l'effet d'une subrogation aux lieu et place de son cédant, et que se présentant au partage en vertu du titre primitif de ce dernier, il doit jouir de tous les avantages dont celui-ci aurait pu se prévaloir. S'il n'y a pas d'unité dans la doctrine de la Cour de cassation, c'est qu'évidemment elle a voulu fermer la porte à toutes les fraudes nombreuses auxquelles aurait été exposé le Trésor. Les acquéreurs, en effet, pour frustrer l'administration de l'enregistrement du droit de transcription, n'auraient pas manqué de n'acheter tout d'abord qu'une minime partie de l'immeuble indivis pour s'en rendre ensuite adjudicataire de la totalité sur licitation.

CHAPITRE II

DES CHOSES AUXQUELLES S'APPLIQUE L'ARTICLE 883.

Tous les auteurs sont d'accord pour faire rentrer dans le domaine de l'article 883 tous les biens corporels meubles ou immeubles, ainsi que tous les biens incorporels non susceptibles de division.

Mais la question qui est très débattue est celle de savoir si notre règle doit être étendue aux créances divisibles. Peut-on, en effet, soutenir que l'héritier est censé avoir toujours eu la propriété des créances à lui attribuées et par contre ne l'avoir jamais eue de celles mises dans le lot de ses copartageants?

Diverses opinions sont en présence, nous devons en faire un exposé très rapide :

La première, s'inspirant des traditions du droit romain invoque l'article 1220 C. c. pour prétendre que l'effet déclaratif n'a pas lieu en matière de partage de créances. On ne peut, dit-on, partager que ce qui est dans l'indivision; or c'est la loi elle-même qui, sans le secours des parties, opère de plein droit le partage des créances héréditaires.

L'article 832 semble contraire à ce système, puisqu'il s'occupe de créances mises dans les lots et partant comprises dans le partage. On répond que les

termes de l'article 832 n'étant pas impératifs, le législateur n'a voulu que recommander aux cohéritiers ce mode de procéder et les autoriser à l'employer. Mais il n'a nullement eu l'intention d'indiquer dans cet article les effets produits par ce genre de liquidation. C'est donc d'autres textes qu'il faut interroger. Or on ne trouve que les articles 1220 et 883 qui visent des hypothèses bien différentes; aussi est-on obligé de conclure que ce dernier article est complètement étranger à la division des créances.

C'est par de purs motifs de commodité que notre code a permis, à l'instar du droit romain, de comprendre dans le partage des biens sur lesquels n'existe plus aucun droit de copropriété. A Rome, en effet, le juge pouvait, bien que les créances se fussent divisées de plein droit, les attribuer en totalité à l'un ou à quelques-uns des cohéritiers, *quia sæpe*, nous dit Gaius, *solutio et exactio partium non minima incommoda habet*. Aussi ce serait s'abuser que de voir dans cette attribution autre chose qu'une cession, transport pour tout ce qui dépasse les droits des apportionnés dans les créances. Les cohéritiers peuvent bien modifier entre eux la répartition opérée par la loi; mais leurs conventions n'auront d'effets à l'égard des tiers qu'autant que les formalités prescrites par l'article 1690 auront été remplies. A l'encontre du débiteur de la succession, le cohéritier n'agira que *partim proprio, partim procuratorio nomine* (l. 3, D. X, 2 *familiæ eriscundæ*. Comp. Duranton, t. VII, n° 789. Mourlon, *Répét. écrites*, t. II, p. 202).

D'après une seconde opinion aussi radicale que la première, il faut appliquer la règle du partage déclaratif indistinctement à tous les effets de la succession.

Ce système s'appuie sur les arguments suivants. L'article 832 qui s'occupe de la formation des lots, ordonne, s'il est possible, d'attribuer à chaque cohéritier la même quantité de meubles et d'immeubles, de droits ou de créances de même nature ou valeur. Or l'article 883 ne semble-t-il pas faire allusion à l'article 832 lorsque dans, la généralité de ses termes il décide sans distinction que chacun des cohéritiers est censé avoir succédé seul à tous les objets à lui attribués, c'est-à-dire quelle que soit d'ailleurs la nature de ces objets?

Les partisans de ce système expliquent l'article 1220 en disant que ce texte n'a eu pour but que de régler le droit de poursuite des héritiers et qu'il n'opère la division des créances que d'une manière provisoire et conditionnelle. L'événement du partage déterminant de quelle part chacun des cohéritiers aura été saisi dans les créances héréditaires, met ainsi fin à cet état de choses et rétroagit jusque dans le passé. Il en résulte que le débiteur ne peut opposer au copartageant à qui a été attribuée la créance, aucune cause de libération du chef des autres héritiers, et peu importe que ces causes de libération aient pris naissance avant ou après le partage. En vertu de ce principe, les saisies-arrêts pratiquées avant la liquidation de la succession par un créancier personnel d'un cohéritier ne produiront aucun effet, si l'événement du partage attribue la créance tout entière à un autre communiste (Cass. 24 janv. 1837. Sir. 1837-1-107, de Folleville, *De l'effet déclaratif du partage*, p. 10).

Une troisième opinion a pour elle l'autorité imposante de Demolombe qui a cherché à concilier les articles 1220 et 883 et à tracer à chacun d'eux sa sphère

d'application. Il établit d'abord une distinction entre les causes de libération qui sont nées avant et celles qui sont nées après le partage et il ne permet pas au débiteur d'invoquer ces dernières, tandis qu'il l'autorise à se prévaloir des autres.

Tant que le partage n'est pas consommé, l'article 1220 joue un rôle prépondérant, puisque c'est cet article qui règle les rapports des débiteurs de la succession avec les cohéritiers. Ceux-ci en effet ne peuvent demander la dette que pour la *part dont ils sont saisis*, et il s'ensuit que le débiteur qui a satisfait à cette demande a fait un paiement valable entraînant sa libération, car une attribution de parts postérieure ne saurait nuire aux droits légitimement acquis en conformité aux dispositions de la loi. En outre, si un débiteur héréditaire se trouve de son chef, créancier de l'un des héritiers, une compensation s'opère de plein droit jusqu'à due concurrence entre les deux dettes. De même serait à l'abri de tout événement ultérieur du partage la cession d'une créance héréditaire dûment signifiée au débiteur ou acceptée par lui. L'article 1220 s'applique tant que dure l'indivision aux rapports des cohéritiers entre eux et avec tous leurs ayants cause respectifs.

Mais l'article 883 reprend son empire, si un partage est intervenu attribuant à l'un des héritiers l'intégralité d'une créance, cet héritier sera censé alors en avoir été seul saisi *ab initio*, de telle sorte qu'aucun acte libératoire ne pourra plus s'accomplir au profit du débiteur, du chef des autres copartageants. En un mot ce système éclectique admet ici l'effet déclaratif du partage, mais seulement dans la mesure où il ne froisse pas les droits acquis au débiteur.

Mais, dit-on, ce système aboutit à un résultat inique si l'on déclare nul le paiement fait par le débiteur après partage dans l'ignorance qu'il était que la créance a été attribuée à un seul. L'objection n'est pas fondée, d'après Demolombe, car l'art. 883 trouve son tempérament dans l'art. 1240. En effet, ce paiement doit être considéré comme valable, conformément à ce dernier article, s'il a été fait de bonne foi, c'est-à-dire si, comme dans notre espèce, le débiteur pouvait ignorer que la créance a été l'objet d'une attribution. Mais toutes les fois que d'une manière quelconque le débiteur aura eu connaissance du partage en l'absence même des formalités de l'article 1690, ce paiement sera nul et non avenue. (Demolombe, *Succession*, t. V, n° 295. Marcadé, 883, n° 5. Larombière, *Des obligations*, II, sur l'art. 1220, n° 9). Limoges 19 juin 1863, S. 63. 2. 193. Cass. 4 décembre 1866. Sir. 1867. 1. 5. Alger, 24 décembre 1877, Dev. 1878. 2. 214.

A.-M. Demante, Aubry et Rau, sont d'accord avec M. Demolombe pour décider que l'événement ultérieur du partage ne pourrait faire disparaître, au préjudice du débiteur, l'effet légal de la division qui a précédé, et annuler ainsi le paiement ou la compensation d'une part héréditaire de créance, alors que la totalité de cette créance serait attribuée par le lotissement définitif à un autre cohéritier. Ce point est incontestable; car si aux termes de l'art. 1220 les cohéritiers peuvent, dès le jour de l'ouverture de la succession, demander au débiteur la part dont ils sont saisis dans la dette, il s'ensuit que ce dernier légalement poursuivi pourra aussi légalement se libérer, sans que le partage à intervenir puisse

avoir aucune influence sur le paiement qu'il a fait. Il est donc manifeste que ce paiement ayant fait disparaître une partie de la dette, il est impossible d'en faire l'objet d'attributions spéciales puisque cette partie de créance éteinte ne peut plus figurer au partage.

« Mais la situation est toute différente, disent avec raison MM. Aubry et Rau, en cas de cession ou de saisie-arrêt, lesquels n'entraînent pas l'extinction de la part cédée ou arrêtée : elles en opèrent seulement la transmission au cessionnaire ou au saisissant, qui deviennent vis-à-vis des autres héritiers, les ayants cause du cédant ou du débiteur saisi. Rien n'empêche donc que cette part ne soit comprise au partage et qu'on n'applique, en pareil cas, le principe posé par l'article 883, qui a précisément pour objet de régler les rapports des cohéritiers entre eux et avec leurs ayants cause respectifs ¹. » Cette division légale des créances n'a pas un caractère définitif et ne donne pas aux cohéritiers un droit absolu dont ils soient libres de disposer à leur gré et qui puisse devenir le gage de leurs créanciers personnels. De l'effet résolutif du partage, il résulte que la signification de la cession ou le jugement de main-vidange seront nuls lorsqu'ils auront pour objet une créance comprise dans le lot d'un autre communiste.

Attribuer à l'article 1220 un domaine aussi large que l'a fait Demolombe, ce serait rendre toute obligation de rapport impossible en permettant au cohéritier, qui veut s'y soustraire, de disposer de sa part dans les créances héréditaires au détriment de ses

1. Aubry et Rau, t. VI, § 635, p. 663. A.-M. Demante, t. III, n° 225 bis VII.

copartageants. Aussi la Cour de cassation, faisant une saine application de l'article 883, a-t-elle décidé que la saisie pratiquée, avant tout partage, par les créanciers personnels d'une femme commune sur sa part dans une créance de la communauté ne pourrait empêcher le mari de se faire attribuer la totalité de cette créance en paiement de ses reprises (Req. rej. 24 janvier 1837, Sir. 37. 1. 106).

CHAPITRE III

DES PERSONNES AUXQUELLES S'APPLIQUE L'ARTICLE 883

Nous devons maintenant nous demander quelles sont exactement les personnes qui peuvent invoquer le bénéfice de l'article 883.

Nul doute que l'effet déclaratif du partage s'applique aux rapports des cohéritiers les uns à l'égard des autres ou entre un cohéritier et les ayants cause de l'autre. Mais ce qui est controversé, c'est la question de savoir si la maxime doit être écartée à l'égard de toutes autres personnes et notamment si elle produit quelque effet lorsque l'un des cohéritiers se trouve en présence de ses *propres ayants cause*. En d'autres termes faut-il donner un sens restrictif ou absolu au principe écrit dans l'article 883?

Pour résoudre la difficulté, il faut rechercher la véritable pensée du législateur. Or celui-ci n'a recouru à la fiction du partage déclaratif que dans un but de nécessité, afin de donner une base solide à la propriété et de supprimer les recours incessants entre communistes.

Là où l'utilité de la fiction n'apparaît plus, là doit cesser son domaine et il faut revenir à la réalité des faits.

Lorsqu'il s'agit des rapports de l'un des cohéritiers avec ses propres ayants cause, les conséquences de l'état d'indivision sont-elles à craindre ? Nullement ! Aussi faut-il, puisque la fiction n'a plus sa raison d'être, rentrer dans les termes du droit commun. Tels sont les principes dont nous allons faire l'application aux diverses hypothèses que nous allons examiner.

Et tout d'abord comment faut-il opérer le règlement des droits de l'un des héritiers et des tiers avec lesquels il se trouverait en relation de société ou de communauté ?

Étant donné que, sous le régime de communauté légale, les immeubles advenus aux époux à titre de succession, pendant le mariage, restent propres et que les meubles, au contraire, deviennent communs, on se demande si en cas de partage avec retour de lots ou de licitation d'un immeuble héréditaire, la soulte ou le prix attribué à l'époux héritier doit tomber dans la communauté ou lui rester propre. — De même, si une succession est en partie mobilière et en partie immobilière, doit-on s'attacher au résultat du partage ou à la valeur comparative des meubles et des immeubles pour savoir quelles sont d'une part les valeurs qui demeurent propres à l'époux ou qui ne tombent dans la communauté qu'à charge de récompense et quelles sont d'autre part, celles qui y entrent d'une manière définitive ?

Trois systèmes se sont fait jour sur ce point :

1° Le premier qui est celui de Bourjon n'a guère de partisans dans la doctrine et nous ne connaissons qu'un seul arrêt qui l'ait consacré (Limoges 14 nov. 1876, Dev. 1877. 2. 137). D'après cette théorie, l'article 883 aurait une portée générale, absolue et

réglerait ce qui de par le résultat du partage et la nature des biens attribués, doit ou ne doit pas être acquis à la communauté. Aussi l'époux qui ne recevrait pas autant d'immeubles que de meubles, n'aurait-il droit à aucune récompense contre la communauté.

Il y aurait là une conséquence du principe qui réputé l'héritier avoir succédé seul, dès le jour de l'ouverture de la succession, à tous les objets meubles ou immeubles mis dans son lot et n'avoir jamais eu aucun droit sur ceux attribués à ses cohéritiers. Cette solution s'impose parce que, s'il en était autrement, ce serait, dit Bourjon, *enter contestation sur contestation, et en faire renaître une que toute une famille a éteinte par son concours* (*Droit commun de la France*, II^e partie, de la communauté, ch. iv, sect. 4, distinct. III, n^{os} 66-69).

Le deuxième système établit une distinction entre le partage simple et le partage avec retour de lots ou la licitation. L'époux reçoit-il exclusivement des biens héréditaires meubles ou immeubles? Il faut faire intervenir l'article 883. A-t-il droit à une soulte ou à un prix de licitation d'immeubles? Cette soulte ou ce prix sont subrogés au bien vendu lui-même en ce qui concerne le règlement des droits du conjoint et de la communauté. Pothier qui a exposé magistralement cette doctrine a entraîné à sa suite un grand nombre d'auteurs modernes et la jurisprudence. Le grand jurisconsulte appliquait sa théorie même au cas où l'époux héritier avait reçu dans son lot plus d'immeubles que de meubles et *vice versa*; car là encore celui-ci pouvait en vertu de la saisine, prétendre tenir sa part directement du défunt.

Mais les mêmes raisons n'existaient plus en matière

de soulte ou de licitation où à l'immeuble se substitue une somme d'argent. « Cette créance, dit-il, quoique mobilière, n'entre pas en communauté, étant devenue durant la communauté à ce conjoint du droit qu'il avait à une succession d'immeubles qui est un droit immobilier. Parce que ce retour n'est pas un simple effet mobilier de la succession auquel on puisse dire que ce soit un effet de la succession, puisque la succession était tout immobilière, et que ce n'est pas dans la bourse de la succession, mais dans la bourse particulière du cohéritier qui en est chargé que doit se prendre ce retour.... » (Pothier, *Communauté*, § 100).

Les mêmes principes ont été très savamment exposés par MM. Demolombe et de Folleville qui appuient en outre leur système sur l'article 1408 dont nous donnerons l'explication plus loin en essayant de réfuter l'argument qu'on peut en tirer. — Quant au reproche qui leur est fait de faciliter la violation des articles 1096 et 1437 C. c., qui prohibent les libéralités indirectes et irrévocables entre époux, ils y répondent en invoquant la tradition de l'ancien droit qui, lui aussi, ne permettait pas plus à l'un des conjoints de s'enrichir frauduleusement aux dépens de la communauté qu'à celle-ci aux dépens des époux. *Fraus omnia corrumpit*, disent-ils.

Nous préférons adopter une troisième opinion qui nous paraît plus équitable et non moins juridique. Nous croyons, en effet, qu'il ne faut jamais s'attacher au résultat du partage, mais toujours à l'estimation comparée des valeurs mobilières et immobilières de la succession, c'est-à-dire à la composition originaire de la masse héréditaire.

Nous repoussons la doctrine professée par MM. Demolombe et de Folleville, parce que ces auteurs établissent une distinction là où la loi n'en fait aucune. D'ailleurs l'article 883 n'assimile-t-il pas le partage en nature et la licitation et ne fait-il pas produire à l'un et à l'autre les mêmes effets ? Tout système mixte semble inacceptable et il faut choisir entre ces deux termes : ou appliquer à notre espèce la règle du partage déclaratif dans toute sa rigueur ou l'écarter complètement. — Or comment pourrait-on soutenir cette première proposition en présence de l'article 1558 C. civ. qui décide qu'en cas de licitation d'un immeuble dotal indivis, la portion du prix revenant à la femme restera dotale et qu'il devra en être fait emploi ? Il nous semble que rien ne justifie l'extension de cette règle, créée dans l'intérêt des cohéritiers, aux rapports de ceux-ci avec leurs conjoints. L'opinion que nous défendons avait, elle aussi, des partisans autorisés dans l'ancien droit au nombre desquels se trouvait Lebrun. « On doit ici, dit cet auteur, se dé-
» faire de tous les préjugés de la matière des succes-
» sions ; et il ne s'agit plus de dire que les partages
» ont un effet rétroactif, qu'on est censé avoir eu au
» moment du décès ce qu'on a dans l'événement des
» partages ; ces raisons sont hors-d'œuvre en fait de
» récompenses de communauté, qui ne touchent point
» aux partages de successions et les laissent comme
» ils sont, mais qui indemnisent le conjoint de ce qu'il
» devait avoir et sont un remède nécessaire pour con-
» server l'égalité entre conjoints. » *De la communauté*, l. I, ch. v, sect. 2, Dest. I, n^{os} 78 à 81).

La divergence la plus complète, nous venons de le constater, existait entre nos anciens jurisconsultes qui

étaient loin d'être d'accord sur la sphère d'application qu'il convenait d'attribuer à la déclarativité du partage. Les travaux préparatoires ne peuvent pas davantage nous éclairer sur la véritable pensée du législateur. Aussi n'est-ce pas en dehors des textes du Code qu'il faut aller chercher les arguments à l'appui des divers systèmes en présence.

Nous pouvons invoquer en notre faveur, quoi qu'en dise M. Demolombe, les articles 1096 et 1437 qui sont relatifs à la prohibition des avantages irrévocables entre conjoints et la sanctionnent en organisant la théorie des récompenses ; il est évident que l'extension du principe déclaratif au règlement des droits des époux et de la communauté, annihilerait la défense inscrite dans les articles 1096 et 1437 et viendrait du même coup ouvrir la porte à la fraude. *Sed fraus omnia corrumpit*, objecte-t-on. C'est vrai ; mais il faut convenir que le but utilitaire de l'article 883, qui est de couper court à toute contestation, se trouvera bien mal rempli, puisque le partage pourrait ainsi contenir en germe une foule de procès.

Au surplus, les prescriptions de l'article 1558 qui renferment une dérogation formelle à l'article 883, ne sont que l'application du grand principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, seul moyen d'éviter toutes ces simulations.

Le système que nous combattons conduit à un résultat contradictoire dans le cas où la soulte ou le prix de la licitation sont fournis en valeurs mobilières de la succession en faisant tomber dans la communauté des valeurs représentatives de la soulte ou du prix de licitation, de telle sorte, comme le font remarquer Aubry et Rau, que la solution de la question

dépendrait presque toujours d'un simple accident de partage ou des combinaisons adoptées pour la liquidation de la succession.

D'ailleurs l'article 1408 ruine-t-il la base de notre argumentation en décidant « que l'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis ne forme pas un conquêt »... ? Comment expliquer, dit-on, que la totalité de l'immeuble acquis sur licitation par le conjoint resté propre, si l'on n'admet pas que dans notre espèce le partage produit un effet déclaratif ? L'objection paraît tout d'abord embarrassante, mais si l'on se reporte aux travaux préparatoires il n'est pas impossible de la réfuter. On voit en effet que deux explications furent données de cet article : l'une, celle de Tronchet qui ne voyait dans cette disposition qu'une déduction logique du principe général admis en matière de succession ; l'autre, celle du tribun Siméon qui, pour de purs motifs d'utilité pratique, voulait que l'indivision qui a cessé entre cohéritiers, ne pût pas se continuer entre conjoints (Discours de Siméon, n° 22, *Loché*, t. VI, p. 462).

Cette dernière explication, qui est moins subtile, nous paraît préférable parce qu'elle semble mieux refléter la véritable pensée du législateur. D'autre part, si la décision indiquée par l'article 1408 n'est qu'une conséquence du principe de déclarativité, il faut alors admettre que le conjoint adjudicataire étant réputé n'avoir rien acheté, les colicitants seront censés n'avoir rien vendu, et que partant le prix de la licitation ne formera pas un propre puisqu'il n'est pas considéré comme la représentation de l'immeuble licité.

Le simple bon sens proteste contre cette énormité.

La même solution s'impose sous le régime dotal non seulement dans l'espèce spécialement visée par l'art. 1558 *in fine*, mais encore dans le cas où la femme se rendrait adjudicataire d'un immeuble dotal indivis avec des tiers et reconnu impartageable. Cet immeuble ne devrait pas être frappé de dotalité pour le tout, mais seulement dans la mesure de sa part indivise. L'article 883 s'applique bien dans les rapports de cette femme avec ses cohéritiers, en ce sens qu'elle acquiert une propriété exclusive, mais non dans ses relations avec son mari. Autrement on retournerait contre un communiste une règle légale alors que précisément elle est destinée à le protéger; ce serait, comme le fait remarquer fort judicieusement M. Berthauld, transformer une arme purement défensive en une arme offensive ¹. On se montrerait ainsi bien peu respectueux du grand principe: *Beneficia non sunt retorquenda*. Ce serait d'ailleurs dans notre hypothèse aller contre l'intention évidente du législateur qui se manifeste dans l'article 1543 où il défend d'augmenter la dot au cours du mariage.

Nous n'hésiterons pas non plus à repousser l'application de l'article 883 dans l'espèce suivante. Une personne appelée à une hérédité contre laquelle il est créancier d'une certaine somme, meurt avant que la succession soit liquidée laissant deux institués, un légataire aux meubles et un légataire aux immeubles. Puis au moyen d'un prélèvement il est attribué aux deux institués un immeuble en paiement de cette créance. A qui devra revenir cet immeuble? Au légataire des meubles, selon nous; parce que quel que soit

1. Berthauld. *Questions pratiques*, t. I, n° 318.

le mode de paiement, celui-ci n'a pu changer la nature mobilière du titre de la créance. *Subrogatum sapit naturam subrogati*. Du reste il est naturel que l'effet déclaratif du partage ne puisse atteindre des titres dont l'existence est antérieure à l'ouverture de la succession¹. Cette solution nous paraît aussi juridique qu'équitable.

Mais en ce qui concerne les autres biens que faut-il décider? C'est la question de savoir si, d'une façon générale et absolue, l'article 883 doit rester étranger au règlement des droits des légataires d'un cohéritier décédé avant partage.

Un exemple fera mieux comprendre notre pensée. Supposons qu'une succession, comprenant un immeuble valant 50,000 francs et 75,000 francs de valeurs mobilières, soit échue à Primus et à Secundus. Ce dernier meurt avant que la succession ait été liquidée, et laisse par testament tous ses biens meubles à Tertius et tous ses biens immeubles à Quartus. L'immeuble étant impartageable est mis avec 12,500 francs de valeurs mobilières dans un seul lot, lequel est attribué par le sort aux légataires. Eh bien, dans cette hypothèse faut-il dire que Tertius n'a droit qu'à 12,500 francs et Quartus a l'immeuble tout entier, c'est-à-dire à 50,000 francs? ou, au contraire, Tertius pourra-t-il refuser de se soumettre au résultat du partage et exercer un recours contre le légataire des immeubles jusqu'à concurrence de sa part telle qu'elle était déterminée par la composition originaire de la masse héréditaire?

Cette question est plus large et plus générale, elle est intimement liée à celle de savoir si le principe du

1. De Folleville. Monographie sur l'art. 883, p. 33.

partage déclaratif doit être restreint aux rapports des héritiers, les uns à l'égard des autres ou des héritiers avec les ayants cause de l'un d'entre eux, ou bien s'il doit régir aussi les relations de l'un des cohéritiers et de ses ayants cause respectifs.

Nous nous sommes déjà prononcé sur la question de principe ; aussi n'avons-nous plus ici qu'à donner une solution d'espèce. L'article 883, nous l'avons souvent répété, n'a qu'un seul but : c'est de rendre impossible les contestations et les recours entre les cohéritiers et leurs propres ayants cause. Or toutes les fois que la déclarativité ne réalise plus ce but, la fiction doit disparaître et faire place à la réalité.

C'est ainsi que les légataires pourraient invoquer l'article 883, en tant que représentants du *de cujus*, dans leurs relations avec les cohéritiers de celui-ci, mais non pour le règlement de leurs intérêts respectifs ; car ici la règle du partage déclaratif ne trouve plus sa justification et sa raison d'être. Nous croyons donc pouvoir conclure à la non-applicabilité de la règle du partage déclaratif à notre espèce et décider en ce sens que Tertius aura un recours pour obtenir la moitié de la part du défunt dans la succession non liquidée.

Une difficulté très grave est celle de savoir si l'événement du partage doit avoir une influence sur les effets des interruptions de prescriptions que des tiers prétendraient s'être accomplies à leur profit pendant l'indivision. Ainsi supposons une servitude de passage établie au profit d'un fonds indivis entre des majeurs et des mineurs (2252), pendant trente ans la servitude n'a pas été exercée, puis l'immeuble mis aux enchères a été adjugé à l'un des copropriétaires

majeurs. Le tiers grevé peut-il arguer qu'en vertu de l'article 883 le majeur étant censé avoir toujours été seul propriétaire du fonds dominant et par contre le mineur ne l'avoir jamais été, la présence de ce dernier ne saurait lui être opposable, et prétendre que son propre fonds est désormais libéré de la servitude en question (706).

Telles sont les prétentions qui ont été jugées bien fondées par la cour suprême dans un arrêt où il s'agissait de droits indivisibles (Civ. cass. 2 déc. 1845, Sir. 46. 1. 21).

Quant à nous, il nous semble que cette théorie est la négation la plus absolue des articles 709 et 710 C. c. qui sont cependant très formels en sens contraire. « Si parmi les copropriétaires il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé *les droits de tous*. » (710). Cet article ne vient donc pas seulement mettre à l'abri de ses dispositions protectrices les intérêts des incapables, mais aussi du même coup les intérêts de tous les communistes. Comment d'ailleurs expliquer la fin de l'article 710 *il aura conservé les droits de tous*, si l'on dénie aux copropriétaires majeurs la faculté d'invoquer l'état d'incapacité ou de minorité de leur cohéritier.

De plus nous nous trouvons en présence d'un droit indivisible ; or « une chose indivisible, dit Pothier, n'étant pas susceptible de parties, ne peut s'acquérir pour partie : elle ne peut s'acquérir que pour le total : les acquéreurs de ce droit indivisible ne peuvent donc en accomplir la prescription que tous ensemble, et *contre tous les propriétaires ensemble*. » (Pothier, *Prescription*, n° 111).

Ce que nous disons lorsqu'il s'agit de droits indivisibles, nous l'appliquons également aux matières indivisibles.

Ainsi si le cours d'une prescription acquisitive d'un immeuble commun a été suspendu en faveur de l'un des héritiers, une femme mariée sous le régime dotal, par exemple (1661 et 2255), la prescription ne devra pas être considérée, à la suite du partage, comme accomplie relativement à certaines fractions de l'immeuble, s'il est attribué à la femme et pour le tout, si l'immeuble est advenu à un autre cohéritier.

Certes on ne pourrait invoquer le caractère indivisible de l'objet litigieux. Mais on peut prétendre, conformément à une règle déjà citée *beneficia non sunt retorquenda*, que l'article 883, fait pour protéger les cohéritiers, ne doit pas être retourné contre eux et qu'il reçoit une dérogation importante des articles 2252, 1561 et 2255 C. c. (Comp. Demol. *Servitudes*, II n° 999, et *Success.* V, n°s 326 et 327. Aubry et Rau, t. VI, § 625 et note 30, de Folleville sur l'art. 883, p. 36).

Il est encore un texte spécial qui, croyons-nous, vient limiter le domaine de la règle du partage déclaratif, c'est l'article 563 du Code de commerce. D'après cet article, « lorsque le mari sera commerçant au moment de la célébration du mariage, ou lorsque, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, il sera devenu commerçant dans l'année, les immeubles qui lui appartiendraient à l'époque de la célébration du mariage ou qui lui seraient advenus depuis, soit par succession, soit par donation entre vifs ou testamentaire, seront seuls soumis à l'hypothèque de la femme ». Il s'agit de savoir si, lorsque le mari s'est

rendu adjudicataire sur licitation d'un immeuble héréditaire ou l'a reçu dans son lot à charge de soulte, si, dis-je, l'hypothèque légale de la femme pourra s'étendre à la totalité de cet immeuble, au préjudice des créanciers du mari tombé en faillite.

Pour soutenir l'affirmative, on fait intervenir le principe de l'article 883 qui ne considère pas la licitation, comme un titre d'acquisition, principe auquel semble se référer tacitement l'article 563 du Code de commerce. D'ailleurs, disent les arrêts, le mot *succession*, dont se sert l'article 563 C. com. pour caractériser la provenance des biens échus pendant le mariage, est lui-même inséparable de l'idée d'un partage, avec tous les effets légaux qui y sont attachés par le droit commun. C'est en ce sens que paraît se former la jurisprudence à laquelle se rallient en grand nombre d'auteurs (Cass. 10 mai 1869, Sir. 1870. 1. 5 ; V. observ. de M. Labbé sur arrêt précité ; Comp. Alauzet, *Code de comme.* n° 1881 t. IV ; Renouard, *Des faillites*, t. II, p. 313.

Pour nous, si le texte de l'article 563 n'est pas formel, son esprit est tout au moins décisif.

Quel a été, en effet, le but du législateur de 1838 ? C'est de combattre, à l'aide de présomptions légales les nombreuses fraudes auxquelles pourrait se livrer le failli. Aussi posant en principe que toutes les acquisitions à titre onéreux du mari ont dû être faites avec les deniers des créanciers, il décide que seront frappés de l'hypothèque légale de la femme les seuls immeubles à lui advenus à titre de succession ou de donation, c'est-à-dire à *titre gratuit*. Or, dans notre hypothèse, n'est-ce pas là une acquisition à *titre onéreux* que celle de parts sur lesquelles le mari n'avait

aucun droit ? Les créanciers pourront donc prétendre à juste titre que leur argent a servi à acquitter la soulte ou le prix de licitation, car relativement aux portions acquises nous nous trouvons en présence d'un cas spécialement prévu par l'article 563 du Code de commerce (Paris, 8 avril 1853, Sir. 1853. 2. 565. Comp. Demolombe, n° 328, t. V, *Succes.* Berthaud, *Questions pratiques*, t. I, n° 317.

Cependant il faudrait écarter l'application de l'article 563, s'il résultait de l'acte de liquidation que les autres héritiers ont reçu en échange de l'immeuble attribué au mari d'autres valeurs mobilières de la succession. Car ici l'esprit de la loi ferait défaut ; puisque en réalité l'acquisition a été faite moyennant l'abandon de certaines valeurs de la succession, et que de ce chef les ressources du commerce du failli sont restées intactes. Sauf cette exception, nous croyons que toutes les portions de l'immeuble qui excéderaient les droits héréditaires du mari devraient être affranchies, au regard des créanciers de celui-ci, de l'hypothèque légale de la femme.

Mais il importe de bien remarquer qu'en ce qui concerne les portions acquises par le failli nous n'écarterons nullement l'application du principe écrit dans l'article 883 dans les rapports de ce dernier avec ses cohéritiers. Car, comme l'exprime fort bien M. Demolombe, « ce n'est que relativement aux créanciers aux dépens desquels le mari est présumé avoir payé la soulte ou le prix de la licitation que, par ce motif particulier, la règle du partage déclaratif n'est pas applicable, en ce qui concerne ces portions ».

CHAPITRE IV

DES EFFETS PRODUITS PAR L'APPLICATION DE LA RÈGLE DU PARTAGE DÉCLARATIF

Malgré la fiction du partage déclaratif, chacun des cohéritiers pendant l'indivision n'en est pas moins propriétaire pour sa part de tous les biens meubles ou immeubles qui composent la succession, et partant peut se comporter comme tel à l'égard de chacun d'eux. Mais, nous le savons, tous actes d'aliénation ou de disposition n'ont rien de définitif et sont subordonnés au résultat du partage, comme à l'événement d'une condition résolutoire (art. 1183).

Si des hypothèques ont été constituées par l'un des cohéritiers soit sur tous les meubles héréditaires soit sur quelques-uns d'entre eux, celles-ci sont inexistantes à l'égard des autres copartageants qui n'ont pas à les supporter sur les immeubles à eux attribués. Il en résulte que la transcription qui consolide la propriété à l'égard des tiers, n'a ici aucune utilité.

Dans le cas où un immeuble de la succession hypothéqué par un héritier a été adjugé sur licitation à un copartageant, les créanciers hypothécaires conservent-ils sur le prix d'adjudication leur droit de préférence ?

L'affirmative est soutenue par plusieurs auteurs qui

prétendent que le prix de licitation n'étant pas une valeur de la succession, il est impossible d'y appliquer le principe de rétroactivité établi par l'article 883 et de considérer le cohéritier qui a reçu cette fraction du prix qui représente en réalité la valeur de ses droits indivis dans l'immeuble vendu, comme la tenant directement du défunt ¹.

Demolombe combat cette opinion qui, d'après lui, ne tiendrait aucun compte de la lettre et de l'esprit des articles 883 et 2125 C. c. En effet, aux termes de l'article 2125, ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit subordonné à l'événement d'une condition ou résoluble, ne peuvent constituer des hypothèques qu'en les soumettant nécessairement aux mêmes conditions. Or, les droits des cohéritiers sur l'immeuble grevé venant à s'évanouir par l'effet du partage, il s'ensuit que les hypothèques concédées se trouvent anéanties du même coup, tant au point de vue du droit de suite que du droit de préférence. Si le sort de l'aliénation consentie pendant l'indivision est liée au résultat du partage, il nous semble qu'il devrait en être de même pour l'hypothèque qui n'est qu'un démembrement de la propriété (Caen, 15 fév. 1837, Sir. 38. 2. 154; Alger, 8 janvier 1877, Sir. 77. 2. 109).

Lorsque l'un des héritiers a hypothéqué la *totalité* d'un immeuble de la succession, et que cet immeuble a été mis dans son lot, l'hypothèque est valable pour le tout et non pas seulement jusqu'à concurrence de sa part héréditaire. Car les droits rivaux de ses copartageants ayant disparu rétroactivement sur

1. Aubry et Rau, VI, § 625, note 24. Comp. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2332; Rodière, *Revue de législation*, 1852, p. 309; Duquaire, *Revue critique*, 1853, III, p. 806; Aix, 23 janvier 1835, Sir. 35. 2. 267.

l'immeuble, le constituant a pu, dès le jour de l'ouverture de la succession, consentir sur le tout des hypothèques (Aubry et Rau sur Zachariæ, VI, p. 563 ; A.-M. Demante, t. III, n° 225 *bis*, VI ; Demolombe, *Success.*, V, n° 304 ; Duranton, t. VII, n° 251).

Mais il n'en serait plus ainsi, si cet héritier avait grevé l'immeuble pour la *part lui appartenant*, par exemple, pour un tiers ou un quart, l'hypothèque ne saurait s'étendre à la totalité, c'est-à-dire au delà de la fraction affectée, bien que l'immeuble entier lui ait été attribué par le partage. Il faut rechercher avant tout quelle a été la véritable intention des parties ; or ici le débiteur n'ayant constitué hypothèque que sur le tiers ou le quart comme il aurait pu le faire sur la totalité de l'immeuble indivis, il ne faut donc pas donner au créancier d'autres droits que ceux qui lui ont été concédés en vertu de la convention. — Aussi est-ce avec raison que la Cour régulatrice a cassé un arrêt de la Cour de Paris du 26 janvier 1824 qui était contraire à la doctrine que nous venons d'exposer (Cass., 6 déc. 1826, Sir. 1827. 1. 171).

Ce que nous avons dit de l'effet rétroactif du partage appliqué aux hypothèques, doit s'entendre également du sort des aliénations immobilières ou autres droits réels consentis pendant l'indivision, tels que droits d'usufruit, d'usage, d'habitation ou de servitude.

Ferry (*Thémis*, t. VIII, p. 49) a soutenu cependant que cet effet résolutoire ne devrait pas être étendu à l'aliénation de la part de l'un des cohéritiers dans certains immeubles de la succession. Cet immeuble, d'après lui, dont une fraction a été aliénée, a cessé d'être commun entre les cohéritiers et

le vendeur et ne fait plus partie de la masse : aussi ne pourra-t-il faire l'objet d'un partage qu'entre l'acquéreur de cette portion indivise et les autres cohéritiers.

De nombreux auteurs protestent contre cette restriction apportée au principe général de l'article 883 et réfutent aisément les arguments de Ferry. — L'acquéreur d'une portion indivise d'immeuble, dit-on, est l'ayant cause du vendeur, et à ce titre il ne peut avoir plus de droits que ce dernier. Or ce cohéritier qui a aliéné sa part d'immeuble n'en étant propriétaire que sous la condition du partage à intervenir, l'acquéreur ne pourra nullement se soustraire au partage. « Loin donc, fait fort bien remarquer A.-M. Demante, que l'aliénation faite par un cohéritier empêche de comprendre dans le partage général le bien qui en est l'objet, c'est au contraire à l'événement du partage que sera subordonné le sort de l'aliénation. » Ne pas admettre cette doctrine, ce serait permettre au cohéritier soumis au rapport, de rendre impossible, au moyen d'aliénation, les prélèvements auxquels auraient droit les autres copartageants (A.-M. Demante, t. III, n° 225 *bis*, V ; Demolombe, *Success.*, V, n° 306 ; Troplong, *De la vente*, n° 172).

On peut considérer la jurisprudence comme unanime en ce sens.

Par application des mêmes principes, la purge faite par l'acquéreur de la part indivise de l'un des communistes dans un immeuble héréditaire doit dépendre, quant à sa validité, de l'événement du partage ; et dès lors elle n'aurait aucune efficacité si l'immeuble aliéné devenait la propriété exclusive d'un autre cohéritier soit à la suite d'une adjudica-

tion sur licitation, soit à la suite du partage en nature¹. De même les partages, licitations et tous autres actes y assimilés, ventes, cessions, etc., ne sont pas soumis à l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix de la soulte ou de la licitation. Pour admettre la demande en résolution (1184), il faudrait qu'en vertu d'un contrat synallagmatique les parties fussent les ayants cause l'une de l'autre. L'article 883 semble bien contraire à cette définition, puisque d'après ses termes les héritiers étant réputés tout recevoir du défunt, ils sont censés ne rien tenir de chacun d'eux. « Aussi a-t-il fallu, dit Demolombe, que le législateur, après avoir posé cette règle, accordât spécialement le privilège pour le paiement de la soulte et l'action privilégiée aussi pour la garantie (884, 2103, n° 3, 2109), or il n'a pas accordé l'action résolutoire, donc cette action est impossible en présence de l'article 883 » (Demolombe, XVII, n° 308). D'ailleurs la nécessité d'assurer la stabilité des partages faisait un devoir aux rédacteurs de Code de ne pas étendre à notre hypothèse les rigueurs de l'article 1184. Ce dernier motif a été invoqué par de nombreuses décisions des tribunaux qui ont eu occasion de trancher la question. Nous ne citerons que les considérants d'un arrêt de la cour de Nancy qui nous fournissent d'excellents arguments pour écarter l'application de l'article 1184.

« Attendu, dit cet arrêt, que les partages affectant d'ordinaire les droits de plusieurs, forment un titre commun, qui ne peut être résolu que du consentement de tous les intéressés ; qu'il ne peut dépendre

1. Dutruc. *Du partage de succession*, n° 545. Aubry et Rau, § 625, t. VI, *Civ. cass.*, 13 fév. 1838. Sir. 38. 1. 230.

de quelques-uns des copartageants de détruire ce qui a été réglé par tous ; que, s'il n'en était pas ainsi, deux copartageants pourraient s'entendre pour faire résoudre, malgré la résistance des autres, le partage, qui ne leur conviendrait plus, l'un en ne payant pas la soulte, l'autre en prenant prétexte pour demander la résolution ; que le législateur a voulu éviter cet inconvénient ; et que, dans ce but, il a limité les droits de copartageants, pour le paiement de la soulte, au privilège établi par l'article 2103. » (Nancy, 27 juillet 1838, Sir. 38. 2. 370 ; Req. rej., 9 mai 1832, Sir. 32. 1. 367. Civ. Cass., 14 mai 1833, Sir. 33. 1. 384. Aubry et Rau, VI, p. 562. Demante, III, n° 225 *bis*, IV.).

Il faut décider aussi dans le même ordre d'idées que le cohéritier, adjudicataire sur licitation d'un immeuble héréditaire, ne serait pas exposé à la procédure rigoureuse de la folle enchère.

Une question délicate est celle de savoir si l'on pourrait stipuler, dans un acte de partage, ou tout autre acte équivalent, un pacte commissaire exprès, ou bien insérer dans le cahier des charges d'une adjudication cette clause que le cohéritier adjudicataire sera soumis à la revente sur folle enchère pour défaut de paiement du prix.

Il y a là, a-t-on prétendu, un principe absolu intéressant à de nombreux points de vue l'ordre public, puisqu'il maintient la stabilité de la propriété et assure la bonne harmonie au sein des familles. Aussi n'est-il permis à qui que ce soit de le violer par des conventions particulières (art. 6) ; d'autant plus qu'il serait à craindre que ces sortes de clauses ne devinssent de style dans les procès-verbaux d'adjudication.

La jurisprudence et une grande partie de la doctrine est en sens opposé et nous croyons devoir nous y rallier. En effet l'article 1134 décide que toutes conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites; or, le partage n'est-il pas une convention dont l'existence est due exclusivement à la volonté des parties? si l'article 883 a été édicté dans l'intérêt exclusif des copartageants, pourquoi, après tout, vouloir les protéger malgré eux et leur défendre de renoncer aux divers avantages que la loi leur accorde. Par une convention tacite ils acceptent cette conséquence de l'article 883, par une convention expresse ils doivent pouvoir l'écarter. Aussi croyons-nous que cette clause résolutoire n'est pas de l'essence du partage et qu'elle ne tend pas à violer une disposition d'ordre public.

D'ailleurs, comme le fait remarquer fort judicieusement M. Demolombe, si un partage peut être fait sous une condition résolutoire casuelle, pourquoi vouloir écarter celle qui nous occupe? Nous ne trouvons donc rien de plus juste que les colicitants puissent se mettre à l'abri de l'insolvabilité de l'un d'eux qui se serait rendu imprudemment adjudicataire sans savoir comment il pourrait payer (Demolombe, XVII, n° 313; Rolland de Villargues. *Rép. de Notariat*, v° Résolution; Aubry et Rau VI, p. 563; Req. rej., 27 mai 1835, Sir. 35.4.341; Civ. Cass., 6 janv. 1846, Sir. 46.1.120. Nîmes 30 août 1853, Sir. 54. 2. 368.

SECTION II

Droit fiscal

ENREGISTREMENT

INTRODUCTION

Le Code civil, ainsi que nous venons de le voir, considère pour l'application du principe déclaratif, non pas les droits respectifs des copropriétaires dans la masse commune, mais le résultat du partage, et décide que chacun d'eux est censé avoir succédé seul à tous les objets mis dans son lot.

La loi fiscale, au contraire, s'en tenant à la réalité, n'étend les effets de ce principe qu'aux seuls droits des communistes et non aux objets à eux attribués à titre de soulte et de licitation. Cette distinction existait déjà dans la jurisprudence du centième denier, ainsi que le constate Bosquet. « En général, dit-il, on » favorise les premiers actes qui sont faits entre cohé- » ritiers et copropriétaires pour faire cesser l'indivis » des biens qu'ils possédaient en commun. Cette fa- » veur relativement aux droits seigneuriaux n'empê- » che pas que, dans toutes coutumes indistinctement » (il y avait des coutumes qui, dans ce cas, accor- » daient les lods et ventes), le droit de centième de-

» nier ne soit dû pour la soulte ou retour, parce que
» ce droit a ses principes généraux, qui dépendent
» des lois du prince et non des dispositions des cou-
» tumes¹ ».

Telle est la tradition dont s'est inspiré la loi du 22 frimaire de l'an VII où le droit proportionnel a remplacé le centième denier et le droit gradué le droit de contrôle. En résumé nous pouvons donc dire, selon l'expression de M. G. Demante à son cours, que le principe déclaratif agit au *superlatif* dans la sphère des droits civils, tandis qu'elle n'agit qu'au *positif* en matière fiscale².

Nous aurons donc à nous occuper, dans trois chapitres distincts, des trois grandes hypothèses dans lesquelles rentrent et se confondent tous les actes, quelle que soit leur dénomination, qui ont pour objet de faire cesser l'indivision. En effet, — ainsi qu'il nous a été donné de le constater précédemment au cours de notre étude — ou bien chacun des copropriétaires reçoit en nature sa part entière dans la chose commune, ce sera le partage pur et simple ; ou bien, l'un des copartageants est loti partie en biens communs, partie en choses étrangères, ce sera le partage avec soulte ou retour de lots ; ou bien enfin l'un des cohéritiers reçoit la totalité de la chose commune, sauf à abandonner des objets qui lui sont propres, ce sera la licitation. De plus nous devons examiner, dans trois autres chapitres, diverses opérations qui, unies par des liens d'étroite connexité au partage, se rencon-

1. Bosquet. *Diction. des Domaines*, v^o partage, § 3, n^o 3.

2. Notre savant maître, M. G. Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris, a traité la matière des partages à son cours d'enregistrement. — Aussi avons-nous mis souvent à contribution les notes recueillies à ce cours.

trent très fréquemment dans la pratique des affaires. Ce sont le rapport, la réduction et le retrait successoral. A raison de leur importance, ces opérations sont dignes d'attirer toute notre attention, même au point de vue tout spécial où nous nous plaçons.

CHAPITRE PREMIER

PARTAGE PUR ET SIMPLE

La loi de frimaire an VII soumettait au droit fixe de 3 fr. (art. 68, § 3, n° 2) « les partages de biens meubles et immeubles entre copropriétaires à *quelque titre que ce soit*, pourvu qu'il en fût justifié. » Ce droit a été élevé à 5 fr. par la loi du 28 avril 1816 (art. 45, n° 3), puis, à la suite de nécessités financières pressantes, transformé en droit gradué par la loi du 28 février 1872 (art. 1, n° 5).

Or, comme la loi de frimaire frappe du droit proportionnel tous les faits qui entraînent un mouvement ou une circulation de valeurs, c'est-à-dire tous ceux contenant transmission, obligation ou libération, il en résulte implicitement que les partages purs et simples soumis au droit gradué ne sont pas aux yeux de la loi fiscale, translatifs mais déclaratifs de propriété. En outre le partage est considéré par le législateur comme le complément nécessaire des mutations qui ont déjà acquitté le droit proportionnel (Rapport de Duchâtel au conseil des Cinq-Cents, séance du 6 fructidor an VII. Voir *Dict. des rédact.* 3, v° Partage-licitation).

Aussi conformément au texte même de la loi, faut-il qu'il soit justifié d'un *titre de copropriété antérieur*,

en vertu duquel il est procédé au partage. Autrement le droit proportionnel deviendrait exigible, lequel est perçu, non seulement lorsqu'il y a retour, « mais en-
» core, comme le dit Merlin, lorsqu'il n'est pas justi-
» fié qu'ils étaient copropriétaires des biens qu'ils ont
» partagés. Et cette conséquence en amène nécessai-
» rement une autre : c'est que le droit proportionnel
» est dû toutes les fois qu'il n'est pas justifié que cha-
» cun des copartageants avait dans la masse com-
» mune une portion égale à celle que lui assigne le
» partage, ou, en d'autres termes, toutes les fois que
» l'un des copartageants obtient dans son lot une por-
» tion plus forte que celle qu'il avait dans les biens
» indivis ¹ ».

C'est donc à ceux qui prétendent qu'une communauté d'intérêts a existé entre eux à en fournir la preuve à l'administration. La loi veut ainsi fermer la porte à la fraude et éviter que les parties puissent réaliser des mutations sans en acquitter les droits, soit en faisant figurer dans la masse des biens étrangers, soit en appelant des tiers au partage.

Aussi cette preuve doit-elle porter à la fois sur les droits des copartageants et sur l'origine des biens indivis.

Les qualités et par contre les droits des copartageants, découlent, soit de la loi même, soit du contrat constitutif d'indivision, et dans la pratique, elles sont indiquées en tête même de l'acte de liquidation et partage. Certes l'administration peut contester les qualités prises par les parties, mais de l'avis de tous les auteurs elle doit agir avec beaucoup de réserve et de prudence et ne pas aller, ainsi qu'on l'a fort bien fait

1. Merlin, *Répert.*, v^o partage, § 11, n^o 8.

remarquer, jusqu'à soulever des questions d'état ¹. A moins que le défaut de droits des parties ne soit trop manifeste, les qualités et le rang invoqués par elles devront être respectés. Telle était déjà la pratique de notre ancienne jurisprudence qui est rapportée en ces termes par Auzanne : « Les arrêts, dit-il, ont jugé » qu'il n'était pas juste de donner à un seigneur, » sous prétexte de la prétention d'un droit de vente » qui doit être levé avec civilité, la liberté de pénétrer » dans le secret des familles, et d'empêcher les » accommodements entre cohéritiers ². »

Il ne suffit pas de se dire habile à partager et de le justifier, il faut en outre établir que les biens partagés faisaient partie de la masse commune. Autrement rien ne serait plus facile que de soustraire au droit proportionnel des mutations de valeurs étrangères à l'indivision.

La loi n'ayant pas précisé le genre de justification à fournir, les parties, dans la doctrine professée par Championnière et Rigaud, rentrent dans le droit commun et peuvent faire la preuve par toutes les voies légales. L'administration, d'après eux, ne serait pas fondée à exiger une preuve écrite en ce qui concerne les droits de l'auteur commun aux choses partagées, et les déclarations des parties seraient suffisantes notamment s'il s'agit de dons manuels, lorsqu'il n'existe aucune cause sérieuse de les suspecter (Issoudun, 10 mars 1846, D. 47. 4. 218; Vassy, 11 mars 1847, D. 47. 3. 175).

1. V. Championnière et Rigaud. *Principes d'enregistrement*, t. III, n° 2670. Dalloz, *Rép. gén.* n° enregistrement, n° 2632. Garnier, *Rép. gén.*, n° 12347.

2. Auzannet, sur l'article 80 de la Cout. de Paris.

M. Garnier (*Rép. gén.* n° 12348 *bis*) prétend que les redevables peuvent justifier de leur copropriété par tous documents, papiers domestiques, moyens et circonstance dont l'appréciation est abandonnée aux juges, mais avec cette restriction que la justification ne peut jamais résulter, lorsqu'il y a contestation de la part de l'Enregistrement, de la simple déclaration des copartageants (20 mai 1839, Sir. 39. 1. 523).

C'est ce qu'a fort bien mis en lumière un jugement du tribunal de Versailles du 2 mai 1861 qui a reçu l'approbation de la cour suprême, à la date du 13 mai 1862 (Sir. 62. 1. 633). Voici d'ailleurs ce qu'on lit dans cette décision judiciaire : « attendu que la » loi n'a déterminé ni limité le genre de justification » à exiger des parties ; qu'il suffit d'une justification » par toutes voies légales ; que si les déclarations des » parties, leurs reconnaissances ont en général, dans » les actes de partage, une valeur juridique équivalant à justification suffisante, c'est à la condition » de n'être pas dénuées de vraisemblance et de n'être » pas contredites par les faits de la cause, qu'il appartient aux tribunaux de décider en fait si ces déclarations ou reconnaissances sont mensongères. »

Mais s'il est vrai que les déclarations des parties peuvent être corroborées par tous documents moyens et circonstances dont l'appréciation est laissée aux magistrats, il faut décider en outre, conformément à cette jurisprudence, que les tribunaux devraient ici rétablir la véritable qualification de l'acte, lorsque la teneur est contradictoire à la qualification qui lui a été donnée.

De ce que le partage pur et simple n'est point trans-

latif de propriété, il s'ensuit que le droit exigible est non pas un droit de mutation, mais un droit d'acte, perçu seulement lorsque l'acte lui-même est présenté par les parties à la formalité. L'administration ne serait donc pas fondée à prétendre que le partage existe pour réclamer le paiement du droit (Civ. cass. 14 messidor an IX. Dalloz, *Rép. gén.* V^o enreg. n^{os} 2247 et 2660). Aussi le partage verbal et résultant d'une simple division de fait doit-il échapper à l'impôt de l'enregistrement. — Mais s'il contient des dispositions translatives de propriété, des soultes par exemple, l'existence seule de la convention donne lieu à la réclamation du droit, sans que l'administration ait à s'occuper de savoir si, oui ou non, un acte de partage a été rédigé. Il y a là une mutation qui est soumise, comme toutes les autres, aux dispositions de l'article 12 de la loi de frimaire (Cass. 4 août 1818, 6 mars 1834).

Nous allons examiner dans ce chapitre deux formes de partage qui ont fait, tant en doctrine qu'en jurisprudence, l'objet de plus d'une difficulté.

1^o **Partage provisionnel.** — Ordinairement on appelle partages provisionnels ceux où les parties, laissant subsister l'indivision, n'ont eu pour but que d'opérer un règlement provisoire de la jouissance sur les biens de la masse. Mais *lato sensu* sont provisionnels : 1^o tous les partages simplement relatifs à la jouissance ; 2^o tous ceux que l'article 840 C. c. répute tels.

Pour l'application des droits d'enregistrement il faut faire, d'après M. Naquet la distinction suivante¹ :

1. M. Naquet. *Traité théorique et pratique de l'Enregist.*, t. I, n^o 413.

ou bien le partage est provisionnel à l'égard de tous les communistes, ou bien il n'est provisionnel qu'à l'égard de quelques-uns, par exemple, s'il y avait des mineurs, des interdits ou des femmes mariées parmi les intéressés.

Dans le premier cas, on ne peut pas dire qu'il y ait partage, puisqu'il n'y a pas là un acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision d'une manière définitive. C'est simplement une mesure ayant pour but de faciliter la jouissance effective des indivisaires : aussi le droit gradué doit-il être écarté. Il en est autrement, dans la doctrine du même auteur, quand le partage intervient entre majeurs et mineurs ou autres incapables. Il y a là en effet un acte définitif à l'égard des premiers et provisoire seulement à l'égard des seconds qui peuvent renoncer lorsqu'ils ont repris la jouissance de leurs droits, à provoquer un nouveau partage (*Sic*, Garnier, *loc. cit.* n° 12371 : Rigaud et Championnière, III, n° 2810. Lyon, 12 mars 1868. Sir. 68. 2. 276).

La jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation s'est formée définitivement en sens contraire et elle décide que jusqu'au jour de l'homologation les procès-verbaux de liquidation et partage auxquels sont intéressés des mineurs n'ont rien de définitif (Ch. réun. 12 mai 1870, Sir. 70. 1. 219). En effet l'acte du partage auquel sont intervenus des mineurs, s'il est valable comme partage de jouissance, doit être considéré au contraire, lorsque les parties ont voulu opérer la division du fond, non pas seulement comme atteint d'une cause de nullité permettant d'en demander la réformation, mais comme frappé d'inexistence¹.

1. Comp. M. G. Demante. *Principes d'enreg.*, n° 711 et note. — Aubry et Rau, *loc. cit.*, t. VI, § 623 et notes. — Demolombe, t. XV, n° 677 à 689. — A.-M. Demante, t. III, n° 163 *bis*.

S'il ne s'était agi que d'une cause de nullité, l'administration n'ayant pas à apprécier la validité des contrats qui lui sont soumis, aurait été fondée à réclamer des droits sur les dispositions contenues dans cet acte ; tandis qu'ici l'inexistence du contrat rend impossible toute perception. Voici d'ailleurs l'espèce sur laquelle a eu à prononcer la cour suprême dans son arrêt du 12 mai 1870.

Disons tout d'abord que, d'après la jurisprudence, le cohéritier adjudicataire sur licitation ne peut échapper au paiement du droit proportionnel sur les parts acquises de ses cohéritiers qu'en justifiant, lors de l'enregistrement du procès-verbal d'adjudication, qu'un partage définitif a fait entrer dans son lot ce qui excède sa part dans le prix des immeubles adjugés. Or étant donné cette hypothèse, il s'agissait de savoir si, bien que ces deux actes eussent été présentés *simultanément* à l'enregistrement, le défaut d'homologation du partage intervenu entre majeurs et mineurs n'avait pas eu pour résultat, en le rendant provisionnel, de lui faire perdre son véritable caractère de partage définitif. Aussi se plaçant à ce point de vue, l'arrêt précité vint-il décider qu'un partage de cette nature ne pouvait servir à affranchir du droit de mutation les licitations qui avaient eu pour but de le préparer.

Nous ne saurions mieux faire que de reproduire ici les conclusions si remarquables données dans cette affaire par M. le procureur général, Paul Fabre, à la doctrine duquel nous croyons devoir nous rallier.

« En réalité, il y a deux sortes de partages provisionnels : ceux que les parties ont entendu faire porter sur la jouissance seulement, ils sont régis par l'article 1134 ; et ceux que les parties ont entendu faire

porter sur le fonds, mais qui, intéressant des incapables, ont été faits sans l'observation des formalités prescrites. Ceux-là c'est le législateur qui les réduit à n'être que de simples partages de jouissance, moins en punition de l'inobservation de la loi que pour la garantie des incapables. C'est précisément parce que l'intention des parties a été de partager le fonds, que la loi est obligée d'intervenir. »

Mais voici l'objection qui se produit. Ce partage, dit-on, n'est provisionnel qu'à l'égard des mineurs, tandis qu'à l'égard des cohéritiers majeurs il est si bien définitif que ceux-ci ne pourraient pas en provoquer un nouveau. — Or ce partage produisant jusqu'à rescision tous les effets d'un partage valable, il est donc logique de l'assimiler à ce dernier, même en ce qui concerne le paiement des droits d'enregistrement.

« Mais, répond fort bien M. Paul Fabre, qu'importeraient que les majeurs fussent liés par le partage, même quant à la propriété des lots, si les mineurs ne le sont pas ; s'ils ne sont en aucune façon engagés sur le fonds qui, pour eux au moins, reste, de l'aveu de tous, indivis ? Assurément, un partage obligatoire seulement pour quelques-uns des copropriétaires n'est pas le partage de l'article 68. Mais, dit-on, le partage existe si bien pour les mineurs eux-mêmes qu'ils peuvent le ratifier. Le ratifier ! non, le mot est inexact, l'accepter oui. On ratifie un acte dont on peut demander la nullité ; mais ici le partage ne contient aucune nullité. Comme partage de jouissance il est valable, si bien qu'il n'entraînera aucun rapport de fruits. — Comme partage de fonds, il laisse les mineurs en dehors. A la vérité, il leur propose un lot de

propriété que les mineurs peuvent accepter à leur majorité, soit expressément, soit en en prenant possession, auquel cas le partage deviendra un partage de fonds pour tous. Mais les mineurs peuvent fermer l'oreille à l'offre faite, et devenus majeurs ils peuvent demander le partage de la propriété. »

Il est donc de jurisprudence constante que les partages purs et simples qui dans l'intérêt des incapables doivent être soumis à l'homologation du tribunal, n'ont qu'un caractère provisoire tant que cette formalité n'a pas été remplie ; par conséquent ils ne sont pas soumis au droit gradué, lequel sera perçu seulement sur le jugement. En effet, avant de donner son assentiment, le tribunal a le droit de contrôler et de modifier, le cas échéant, l'état liquidatif, d'où il suit que jusque-là le partage n'est qu'un simple projet qui ne devient définitif que lorsqu'il a reçu la sanction de la justice.

Ce principe que le droit gradué est dû non pas sur l'acte de partage lui-même, c'est-à-dire sur le travail du notaire liquidateur, mais sur le jugement homologatif, se trouve contenu dans de nombreuses décisions judiciaires. — La question fut soulevée de nouveau à l'occasion de la loi du 28 février 1872 qui remplaçait le droit fixe de 5 fr. par le droit gradué. Il s'agissait de savoir si le jugement, homologué postérieurement à cette loi, donnait ouverture à l'ancien droit fixe de 5 fr. ou au nouveau droit gradué, bien que l'acte de liquidation ait été dressé par le notaire antérieurement à la loi de 1872.

Faisant une stricte application de la doctrine consacrée par l'arrêt des Chambres réunies, à savoir que le partage auquel sont intéressés des mineurs, n'est

autre chose qu'un règlement provisoire de jouissance, les tribunaux ont décidé à bon droit que le jugement est toujours le titre des parties, puisque sans lui l'acte de liquidation n'a aucune valeur juridique. — Or aux termes de l'article 466 C. civ., ce partage devant être fait en justice, il en résulte qu'il n'y a de partage valable à l'égard du mineur que celui qui a été homologué. Si donc la formalité qui a vivifié en quelque sorte le partage et lui a donné son existence légale, a été accomplie à une époque où la loi du 28 février 1872 était en vigueur, il faut nécessairement décider, selon nous, que le droit gradué sera régulièrement perçu sur l'actif net de la succession, alors même que l'état liquidatif serait établi antérieurement à la loi nouvelle (Trib. de la Seine, 23 fév. 1873, Sir. 73. 2, 285 ; Bordeaux, 25 mars 1874, *Journ. Enreg.*, 19470 ; St-Étienne, *J. E.*, n° 20126 ; Cass., 19 juillet 1880, Sir. 81. 1. 38).

2° Partage partiel. — Le partage peut être *partiel* en ce sens que les intéressés répartissent entre eux une partie de la masse commune et laissent le surplus dans l'indivision. C'est là l'hypothèse d'un partage que nous pourrions appeler *partiel quant aux biens*. Aucun doute ne saurait s'élever lorsque ce partage en nature est fait à l'amiable ; les droits ne pourront porter que sur l'actif net divisé. Nous verrons plus loin que de nombreuses difficultés se sont élevées lorsque ce partage est effectué à l'aide d'une licitation.

Mais, en doctrine et en jurisprudence, on donne également ce nom au lotissement qui consiste dans l'attribution d'une partie des biens de la masse faite par tous les communistes à l'un ou à quelques-uns

d'entre eux pour les remplir de leurs droits. Tel serait le cas où des valeurs héréditaires seraient abandonnées définitivement à l'un des héritiers pour composer son lot. Nous nous trouvons en présence d'un véritable *partage partiel quant aux personnes*, ayant pour but d'écarter l'un des héritiers, alors que tous les autres ont l'intention de rester dans l'indivision pour le surplus des biens. En effet cette opération ne constitue pas un acte de vente, mais un lotissement partiel à titre de partage, c'est-à-dire un acte ayant pour but et pour objet de mettre fin à la communauté existant entre l'indivisaire apportionné et ses autres cohéritiers.

Peu importe le procédé employé pour procéder à cet allotissement; il faut uniquement s'attacher au résultat obtenu et à la commune intention des parties. C'est ainsi que ne serait pas soumise au droit proportionnel la convention aux termes de laquelle un immeuble de la succession serait attribué à la suite d'une licitation au cohéritier le plus offrant pour le remplir de ses droits héréditaires sous cette condition que les autres communistes seront exclusivement propriétaires indivis des autres biens de la succession, sauf à partager entre eux. Un tel contrat n'a de la licitation que le nom; car il contient en réalité un véritable «partage partiel en nature n'emportant aucune acquisition de parts indivises». Cass. 12 juillet 1870, Sir. 70.1.405). Les parties n'ont pas eu l'intention de vendre, c'est-à-dire de convertir en une somme d'argent leurs droits sur l'immeuble, mais seulement de provoquer par la concurrence des offres une certaine plus-value: la licitation n'a donc pas eu d'autre but que d'indiquer quelle est aux yeux des copartageants la véritable valeur de l'objet attribué dé-

finitivement à l'adjudicataire en vertu de la convention.

Mais pour que ce lotissement soit soumis au seul droit gradué, le contrat qui opère le partage devra porter en lui-même la preuve de l'égalité des lots. Il faut donc, comme le fait fort bien remarquer M. G. Demante, que l'acte indique la consistance de la masse et que l'héritier soit loti en valeurs héréditaires au prorata de ses droits successifs. La preuve de l'égalité des lots pourra résulter d'inventaires, liquidations antérieures faisant connaître la composition de la masse, et auxquels les parties, dans l'acte de partage, auraient déclaré se référer ¹.

Mais s'il s'agit d'un partage partiel où il est dit que les attributions inégales seront compensées à l'aide des biens restés indivis et lors du règlement définitif, le droit de soulte sera dû, puisque l'acte de partage ne porte pas en lui-même la preuve de l'égalité des lots. Or le droit ayant été régulièrement perçu, il ne serait pas sujet à restitution si conformément à la convention des parties, l'égalité venait à être rétablie par la suite (art. 60, l. frim.). Cette dernière solution n'est que la stricte application de ce principe que le receveur doit percevoir sur l'acte tel qu'il est présenté à la formalité, sans avoir à s'occuper de dispositions dépendant d'actes ultérieurs et prévus au contrat.

De ce que le partage partiel est un mode de lotissement, il s'ensuit qu'il est passible du droit gradué. Mais quelle sera l'assiette de ce droit? Devra-t-il être perçu seulement sur les biens assignés à l'héritier

1. Garnier, *Rép. gén.*, n° 42386. Berthauld, *Quest. prat. et doct.*, t. I, n° 343. — Sol. 16 juin 1873, D. 74. 3. 30.

loti? Non, croyons-nous, parce qu'il y a attribution de part non seulement pour les biens qui ont été indivis, mais aussi pour les autres. La solution contraire conduirait à une inconséquence, car il faudrait dire, ainsi que le fait observer M. Garnier, que si le partage intervenait entre quatre frères, et qu'il fût fait seulement deux lots, aucun droit gradué ne serait exigible (Garnier, *Bép. gén.*, n° 12386).

C'est avec raison que la solution du 16 juin 1873 a décidé que le partage intervenu entre trois cohéritiers attribuant à l'un d'eux sa part, alors que les autres restent dans l'indivision pour le surplus de la succession, serait passible du droit gradué d'enregistrement sur la valeur de la totalité des biens. Ce partage est définitif et aussi complet que si toutes les valeurs héréditaires eussent fait l'objet d'une attribution individuelle. Seulement il a convenu à deux des communistes de rester en société pour jouir indivisément d'une partie de la succession sur laquelle le cohéritier apportionné a fait l'abandon de ses droits. On peut donc dire qu'il y a eu attribution individuelle d'un côté, et attribution collective de l'autre, ce qui constitue le partage entier et effectif de la masse héréditaire.

CHAPITRE II

PARTAGE AVEC SOULTE

Conformément à la jurisprudence du centième denier, la loi de frimaire n'a pas étendu à la soulte ou retour de lots la fiction du partage déclaratif. En effet, dit Bosquet, « la somme payée par l'un des co-partageants à l'autre ou la rente dans laquelle il se » constitue est le prix d'une acquisition qu'il a fait » jusqu'à cette concurrence ».

Malheureusement les besoins du Trésor n'ont pas diminué, et, la nécessité d'entretenir *des gens de guerre étant à nos garnisons et villes frontières* semble aussi impérieuse qu'en 1584 : aussi malgré la faveur qui s'attache au partage, le législateur n'a pas cru devoir priver le fisc de cette source de profits¹. En conséquence si un copartageant reçoit une part plus forte que celle à laquelle il a droit dans les biens héréditaires, il est perçu sur cet excédent un droit proportionnel « aux taux réglés pour les ventes » art. 68, § 3, n° 2. C'est à l'article 69, §§ 5 et 7 qu'il faut se reporter pour reconnaître le *quantum* de l'impôt; et nous voyons qu'il est fixé à 4 pour cent sur

1. V. Motifs donnés par l'édit, lors de l'établissement de la formalité du contrôle en 1584. — Denisart, v° contrôle.

les retours de biens immeubles et à 2 pour cent sur les retours de biens meubles.

L'article 69 n'établissant que deux classes de droits, il ne faut pas en conclure que toute soulte devra nécessairement rentrer dans l'une de ces deux catégories. Notre article en effet ne contient qu'une application des principes écrits dans l'article 68 précité qui frappe chaque transmission, selon la nature des biens qui en font l'objet. Si nous n'y trouvons rien en ce qui concerne le partage de créance par exemple, ce silence ne doit pas nous embarrasser. Le principe de l'article 68 est général et il renvoie aux dispositions spéciales qui régissent les diverses mutations de valeurs. Faisant l'application de la doctrine que nous venons d'énoncer, nous dirons que si des créances font l'objet d'un retour de lots, le droit devra être fixé à 1 pour cent, puisqu'aux termes de l'article 69, § 3, n° 3, les transports de créances sont tarifés à ce taux. De même dans un partage de rentes sur l'état la soulte serait exonérée de tout impôt par extension à notre espèce de l'art. 70, § 3, n° 3 (Délib. de l'adm. du 24 mars 1835, *J. E.* n° 11187).

Mais le lot de l'héritier chargé de la soulte peut se composer d'objets de diverses natures et dont la transmission soit tarifée différemment. Comment alors liquider le droit de soulte? On avait proposé d'établir une proportion entre la valeur de chaque espèce de biens comparée à la valeur du lot tout entier et de diviser la soulte dans cette proportion.

Ce mode de liquidation présentait de graves difficultés et, contrairement à l'article 1256 C. civ., tenait bien peu compte de l'intention présumée des contractants. Aussi, mue par de puissants motifs d'équité,

l'administration a-t-elle tranché la question dans un sens très favorable au contribuable (Inst. du 22 septembre 1807, n° 342). Aux termes de cette Instruction ministérielle, la part d'un héritier pouvant être composée indifféremment en totalité soit en immeubles, soit en meubles ou créances de l'hérédité, il s'ensuit que, dans notre espèce, la soulte ne peut pas être considérée comme étant le prix d'acquisition plutôt d'un excédent d'immeuble que de toute autre valeur de la succession. Par analogie avec l'article 1256 C. c. qui veut que les imputations de payement aient toujours lieu de la manière la plus avantageuse au débiteur, l'administration décide qu'il faut toujours, pour la perception des droits de soulte, remonter du droit le plus faible au droit le plus élevé. Ainsi le prix de la soulte doit-il être imputé d'abord sur le montant des rentes sur l'État, puis sur les créances à terme, ensuite sur les capitaux de rentes et sur les meubles, enfin sur les immeubles; le droit proportionnel sera perçu dans le même sens.

La jurisprudence de la Cour de Cassation a depuis consacré ce mode de perception (Cass. 6 mars 1843, Sir. 43.1.334), et la question ne fait plus aucun doute aujourd'hui.

A ces motifs nous devons ajouter que, s'il en est ainsi, on doit présumer que la volonté des copartageants a été de faire porter tout d'abord la soulte sur les biens les moins imposés, afin de se soustraire à la perception la plus onéreuse.

Nous avons fait remarquer plus haut que la soulte ayant pour objet des rentes sur l'état serait exonérée du droit de mutation, il en serait de même pour les titres visés par les dispositions de la loi du 23 juin 1857.

Car si les titres sont au porteur, ils sont alors assujettis à la taxe annuelle représentative de l'impôt de mutation. S'ils sont nominatifs, ils acquittent par l'intermédiaire de la société le droit de transfert à l'expiration du trimestre pendant lequel il a été opéré.

Si le retour de lots consiste le plus souvent en argent, rien ne s'opposerait à ce que le cohéritier qui prend une portion d'immeubles héréditaires supérieure à sa part, ne fit l'abandon à ses cohéritiers d'immeubles à lui personnels. Il y aurait là une dation en paiement, tarifé au droit dont sont passibles les actes équipollents à partage (v. Championnière et Rigaud, n° 2710).

Dans la pratique, la soulte se cache sous une foule de conventions. Il arrive en effet très souvent que l'héritier qui reçoit dans son lot un excédent de valeurs au lieu de s'acquitter entre les mains de ses copartageants, se charge à la suite d'une clause de l'acte de partage de supporter tout ou partie soit des charges soit des dettes de la succession. Ces deux hypothèses sont très fréquentes et il importe de les examiner séparément.

§ 1^{er}. — **Attribution à charge de payer les dettes.**

— Lorsqu'un cohéritier recevait des meubles ou des immeubles au delà de sa part, à la charge de payer une quotité plus forte que sa portion virile dans les dettes, la question de savoir s'il y avait soulte, avait déjà fait l'objet d'une controverse dans l'ancien droit. Mais la majorité des auteurs et la jurisprudence admettaient l'affirmative. « Si par l'événement du partage, enseignait Bosquet, l'un a plus d'immeubles » que l'autre, sous la condition de payer les dettes

» de l'hérédité, c'est une espèce d'acquisition qu'il
» fait ¹. »

La question n'a pas tardé à se présenter devant nos tribunaux et ceux-ci ont été unanimes à consacrer sur ce point la tradition du centième denier.

En effet, chacun des copartageants a droit dans la succession à une portion égale des biens qui la composent, à la charge de payer une part correspondante des dettes. Si l'on impose à celui qui a reçu plus de biens en nature que sa vocation héréditaire ne le comporte, l'obligation de supporter une portion plus considérable dans les dettes, il y a là à son profit une véritable transmission des biens excédant la part qui devait lui revenir dans l'actif de la succession. Peu importe que le prix de la cession se paye directement aux copartageants ou entre les mains des créanciers envers lesquels ils sont personnellement obligés on doit s'attacher seulement à la cause de l'obligation pour déterminer s'il y a soulte : on ne peut voir dans cette opération que la stipulation d'une somme d'argent, avec délégation aux créanciers.

Tels sont les principes qui ont été affirmés par une très longue série d'arrêts ².

L'un d'eux est très net en ce sens (6 thermidor an XII, S. 4. 2. 328). « Attendu que chacun des copartageants dans la succession était saisi d'une portion égale des biens qui composaient la succession, à la charge de payer une partie correspondante des dettes; et que, si un héritier prend une portion plus considé-

1. V. Bosquet, *Dict. des dom.* v^o partage, § 3, n^o 9. — Poquet de Livonière, liv. III, ch. vi, sect. 6.

2. Cass. 4 février 1822, *J. E.*, n^o 7162. — 20 déc. 1843 S. 44. 1. 95. — 2 juillet 1844 S. 44. 1. 828. — 13 août 1850, *J. E.* 14142. — Cons. Championnière et Rigaud, *loc. cit.* n^o 2681 et seq.

nable de biens sous la condition de payer une plus forte partie de la dette de la succession, c'est véritablement une cession d'une portion d'immeubles et, de la part de celui qui la paye de ses deniers, une acquisition jusqu'à concurrence d'une partie de dettes dont il n'était pas tenu à l'ouverture de la succession et qui serait demeurée à la charge de ses cohéritiers, s'ils ne lui eussent cédé une quotité des biens qui leur revenaient. »

Notre théorie s'appliquerait également aux partages de communauté et en cette matière on rencontre dans les recueils de jurisprudence de nombreuses applications des principes que nous venons d'exposer (v. arrêts cités en note).

Il faut remarquer que le droit de soulte doit se calculer, non pas sur le *quantum* de toutes les dettes mises à la charge du copartageant, mais seulement sur la part de celles dont il n'était pas tenu, car il n'y a véritablement acquisition qu'à cette concurrence.

§ 2. — **Attribution sous condition de supporter les charges.** — Toute inégalité dans la répartition des charges de la succession donne également ouverture au droit de soulte. Cette solution était déjà admise dans l'ancien droit mais avec une exception pour les rentes foncières qui étaient irrachetables.

« Le copartageant, dit Bosquet, chargé d'une rente foncière affectée spécialement sur son lot, ou qui l'était sur tous les biens de l'hérédité, ne peut être présumé acquérir, ni, par conséquent, être assujéti au droit de centième denier ; au lieu que si les charges dont il est grevé sont de nature à pouvoir s'en libérer en deniers, c'est une créance qu'il se charge d'ac-

quitter » (V^o Partage, § 3, n^o 9). Notre législateur a fait disparaître la disposition prohibitive de l'ancien droit et a défendu de déroger par des conventions contraires au principe écrit dans l'article 530 du Code civil.

Si les charges qui peuvent grever une succession sont très variées, leur mode de répartition ne l'est pas moins : aussi devons-nous examiner les hypothèses que l'on rencontre le plus souvent dans la pratique.

1^o *Charge d'usufruit*. — Dans la masse partageable il peut se rencontrer des biens grevés d'usufruit, au profit d'un tiers et ces biens peuvent être attribués par l'événement du partage à l'un des cohéritiers. De l'attribution exclusive d'une nue propriété à l'un des copartageants, il n'en résulte pas nécessairement qu'il y ait inégalité dans les lots ; car dans l'évaluation des biens et le lotissement on a pu prendre en considération d'une part la charge imposée à l'un d'eux et d'autre part l'accroissement de jouissance à l'extinction de l'usufruit. Si l'acte de partage ne contient aucune clause de retour, ce serait à l'administration à faire la preuve de la plus-value qui, selon elle, existerait entre les différents lots.

Mais il en est autrement quand les lots étant égaux en toute propriété, le copartageant grevé de l'usufruit reçoit de ses cohéritiers une indemnité destinée à compenser cette privation de jouissance. Il est évident que cette indemnité qui a pour effet et pour objet de réparer l'inégalité des lots, à l'aide de valeurs étrangères à la succession, a tous les caractères d'une soulte. Aussi est-il constant en jurisprudence que la seule existence d'une indemnité à raison de la privation de jouissance, autorise la perception des droits

sur la valeur qui est la représentation de la soulte. Peu importe d'ailleurs que le cohéritier reçoive une certaine somme ou une rente jusqu'à ce que l'usufruit ait pris fin ; il n'y a là qu'une question de liquidation de droits dont nous n'avons pas à nous occuper (Cass. 21 juillet 1851, Sir. 51. 1. 617. St-Etienne, 21 déc. 1847, *J. E.* n° 14485).

Dans notre espèce, si l'évaluation des charges imposées à l'un des copartageants n'est pas déterminée dans l'acte de partage, cette évaluation peut être demandée aux parties et contrôlée, au moyen d'une expertise, si l'administration la trouve insuffisante.

Mais il faudrait décider autrement dans le cas où l'égalité se trouverait établie au moyen de charges imposées à chacun des copartageants ; tel serait le cas où le lot de l'un des cohéritiers étant grevé d'usufruit les lots des autres auraient à supporter des charges équivalentes. Ces principes ont été admis par l'administration dans une délibération des 20, 25 février 1855 (*J. E.* n° 16404). Il s'agissait en l'espèce d'une donation-partage faite par un ascendant à ses deux enfants. Après avoir formé deux lots égaux, ce dernier avait attribué l'un à son fils, l'autre à sa fille, mais il s'était réservé pendant sa vie l'usufruit de ce dernier lot. De plus aux termes de l'acte de partage, le fils avait pris l'engagement de servir au donateur une rente annuelle égale au revenu de la part attribuée à sa sœur.

On ne pouvait donc prétendre que l'égalité la plus complète n'existait pas entre les donataires. En effet, « l'un a été tenu de fournir en argent à son père ce que l'autre est obligé de lui laisser prélever en nature. Aucun d'eux ne paye rien, soit à l'autre, soit à sa

décharge, le droit de soulte ne pouvait donc être exigé. »

Les motifs de cette décision doivent aussi, selon nous, s'appliquer en matière de partage de communauté où l'égle répartition des charges est un obstacle à la perception du droit de soulte.

2° *Rentes grevant l'un des lots*. — Si l'un des cohéritiers a reçu dans son lot un immeuble grevé d'une rente perpétuelle et que, par une clause de l'acte de partage, il ait été seul chargé de desservir la rente, nous croyons qu'en ce cas l'excédent de son lot servant de compensation à cette charge doit donner ouverture au droit de soulte. — L'héritier, il est vrai, a pu aux termes de l'article 872 C. c. exiger que les rentes fussent remboursées avant le partage; mais, s'il n'a pas usé de cette faculté, les copartageants ont dû, conformément à ce même article, faire déduction de la rente sur le prix total de l'immeuble. — Mais si ce dernier mode de procéder a été imposé par le législateur afin de faciliter la liquidation de la succession et éviter tous recours entre cohéritiers, il ne s'ensuit pas moins qu'il y a eu acquisition de parts du chef du grevé, moyennant le paiement d'une rente dont une partie était personnelle à chacun de ses cohéritiers ¹.

Nous venons de voir que l'abandon de biens communs fait sous cette condition que l'attributaire paiera tout ou partie des dettes et charges de la succession, contient une véritable transmission de propriété et qu'elle est à ce titre passible du droit de soulte. — Avec cette hypothèse, il ne faudrait pas confondre celle où l'un des cohéritiers reçoit une chose qu'il a

1. Lyon, 24 avril 1861, *J. E.*, n° 17390.

le *mandat de vendre* pour en employer le prix à l'acquittement du passif mis à sa charge.

Dans ce cas il n'y a aucun transfert de propriété et la chose reste commune à tous les cohéritiers qui peuvent demander compte à leur mandataire de l'emploi des deniers provenant de la vente. Il importe de bien distinguer la cession du mandat. En effet, le cessionnaire devenu propriétaire des valeurs à lui abandonnées, n'est pas obligé de les aliéner, tandis que le devoir impérieux du mandataire est de les vendre, s'il ne veut engager sa responsabilité. — En outre une conséquence nécessaire du mandat est l'obligation de rendre compte, et là où cette obligation ferait défaut il n'y aurait plus mandat. — C'est en ce sens qu'un arrêt de la Cour de cassation du 5 juillet 1870 (*J. E.*, 18777) a décidé que, malgré la qualification donnée à l'acte, il n'y a pas mandat, mais cession, lorsque l'un des cohéritiers se charge, *avec dispense de rendre compte*, de réaliser des valeurs destinées à l'acquittement des dettes. On peut soutenir en effet que cette dispense de rendre compte a pour but de lui transmettre, d'une façon déguisée, la propriété des biens cédés à la charge de payer le montant des dettes.

La jurisprudence a eu souvent l'occasion de faire l'application de ces principes; nous ne citerons que quelques-unes de ses décisions.

C'est ainsi que l'abandon à l'un des cohéritiers d'une créance égale au montant des dettes qu'il est chargé d'acquitter ne constitue pas un transport de créances, mais un mandat à l'effet d'en opérer le recouvrement (Sol. 4 avril 1834. V. *Dict. rédact.*, v° Partage-licitation, n° 193). — De même dans un partage de commu

nauté, le copartageant qui reçoit pour sa part la totalité des créances actives, à la charge d'acquitter les dettes de la communauté, dettes au moins égales à ces créances, ne peut être considéré comme cessionnaire de la part qui appartenait à ses cohéritiers dans ces mêmes créances, et n'est pas tenu en conséquence d'acquitter à raison de cette part un droit proportionnel de mutation (Cass., 23 mars 1840, Sir. 40. 1. 334).

La question de savoir si l'attribution de certaines valeurs, à charge de payer les dettes, doit être considérée comme un mandat ou une cession est avant tout une question d'intention qu'il appartient aux tribunaux de résoudre. Dans le doute il faudra présumer le mandat qui est le contrat le moins onéreux pour les parties et qui à ce titre a dû être préféré par elles (Hazebrouck, 20 juillet 1855, v. *Dict. rédact.*, v° Partage-licitation, 196 *bis*).

Nous devons terminer ces observations par une remarque. La perception du droit de soulte ne met pas obstacle à l'exigibilité du droit gradué sur l'acte de partage. Il y a ici deux stipulations indépendantes et qui rendent chacune exigible un droit particulier : le partage sera soumis au droit gradué, et la soulte au droit proportionnel. Mais il faudra déduire de la masse sur laquelle est perçu le droit gradué, les biens qui paient le droit proportionnel, car ces biens, aux yeux de la loi fiscale, font l'objet d'une attribution non à titre de partage, mais à titre de transmission.

CHAPITRE III

LICITATION

La loi de frimaire a reproduit pour la licitation, comme pour le partage avec soulte, les dispositions de la jurisprudence admise en matière de droits domaniaux.

D'après Bosquet (*loc. cit.*), «le droit de centième
» denier est toujours dû des portions acquises par li-
» citation, soit qu'elle soit faite entre cohéritiers en
» ligne directe ou en ligne collatérale, soit entre co-
» propriétaires ou coassociés; parce que ce droit ne
» se règle pas comme les droits seigneuriaux, et qu'il
» est dû à toutes les mutations de biens immeu-
» bles».

Le législateur de l'an VII rejette donc ici les effets de la fiction du partage déclaratif et il considère la licitation comme opérant mutation de propriété pour tout ce qui excède les droits que le colicitant avait dans l'indivision.

L'article 69 tarife à 2 fr. les parts et portions de biens meubles et à 4 fr. les parts et portions de biens immeubles acquises sur licitation. Bien que l'article 69 § 7, n^{os} 4 et 5 ne parle pas des licitations ayant pour objet des créances ou autres valeurs dont la trans-

mission est frappée par des dispositions spéciales du tarif, le *quantum* des droits n'en variera pas moins avec les différentes natures de biens qui feront l'objet de la licitation. Nous renvoyons du reste à ce que nous avons dit plus haut en traitant du partage avec retour de lots.

Nous croyons inutile de faire remarquer que la licitation tranchée au profit d'un étranger est une véritable vente et qu'à ce titre elle doit être soumise à toutes les règles de ce dernier contrat tant au point de vue civil qu'au point de vue fiscal. Aussi supposons-nous donc toujours pour l'explication des règles que nous aurons à exposer que c'est l'un des cohéritiers qui s'est rendu adjudicataire.

Le droit proportionnel doit être perçu sur les *parts acquises*, déduction faite des droits du cohéritier adjudicataire. Lorsqu'un seul immeuble est indivis, le droit devra être perçu sur tout ce qui excède dans cet immeuble la portion héréditaire du colicitant adjudicataire. Mais une grave difficulté se présente lorsque la masse partageable est composée de plusieurs immeubles; que doit-on alors entendre par ces mots *sur les parts acquises*? Pour déterminer la part de l'acquéreur, doit-on tenir compte des droits qu'il avait dans tous les biens communs, ou seulement des droits qu'il avait dans l'objet licité? Sur ce point la jurisprudence, après avoir suivi la tradition du centième denier, a admis une doctrine diamétralement opposée. Nous devons donc demander à Bosquet de nous indiquer l'état de l'ancien droit et nous étudierons les diverses variations qui se sont produites sur ce point.

« Si les biens sont adjugés à un copropriétaire, il

» faut distraire, dit cet auteur, sa portion parce qu'il
» ne se fait de mutation à cet égard que du surplus.
» Si le cohéritier adjudicataire sur licitation *n'est tenu*
» *de rien débours*, et qu'il soit seulement dit qu'il
» prendra d'autant moins, jusqu'à concurrence du
» prix de la licitation, dans les autres biens de la suc-
» cession, il ne doit aucun droit de centième denier,
» parce qu'il n'acquiert rien et que ses cohéritiers se
» rempliront jusqu'à la même concurrence dans les
» biens communs ». (*Dict. dom.* V^e licitation n^o 3).

Bien plus si, par un partage ultérieur, il était démontré que le prix de la licitation avait été attribué en totalité ou en partie à l'adjudicataire, les droits devaient être restitués dans la même proportion, même dans le cas où l'acte de licitation n'aurait contenu aucune réserve à cet égard.

C'est en ce sens que furent interprétés d'abord ces mots de l'article 69 *parts et portions indivises acquises sur licitation*. Se basant sur ces motifs que le cohéritier n'acquerrait rien en réalité au delà de sa portion virile dans la masse, une décision de M. le Ministre des finances du 21 décembre 1829 décidait que le droit proportionnel perçu sur l'adjudication prononcée au profit d'un cohéritier ou copropriétaire serait sujet à restitution si, dans le délai de deux ans, il était établi que, par un règlement définitif, le prix de la licitation était mis au lot de l'acquéreur soit en totalité soit en partie (*J. E.* 9534).

Cette solution que nous aurions désiré voir consacrer par le législateur lui-même était malheureusement en contradiction flagrante avec l'article 60 qui défend de restituer tout droit régulièrement perçu. Aussi est-elle maintenant abandonnée par l'ad-

ministration et condamnée par la jurisprudence.

Les parts et portions dont il s'agit sont celles dont parle l'article 69. En effet, le colicitant qui se rend adjudicataire acquiert tout ce qui excède la part qu'il possède dans cet immeuble, et c'est précisément à cet excédent que fait allusion l'article 69 lorsqu'il soumet au droit de 4 fr. pour cent les parts et portions acquises sur licitation. La loi fiscale n'a pas à s'occuper du partage définitif; elle n'envisage que chaque acte de licitation en particulier et elle veut que le droit soit acquitté sur chacun d'eux, sans avoir égard au résultat du partage ultérieur. Si le droit a été perçu en vertu des dispositions de la loi, c'est donc que la perception a été régulière. Or s'il en est ainsi l'article 60 s'oppose à toute restitution quels que soient les événements qui se produiraient dans l'avenir.

Aussi M. le Ministre des finances, revenant sur sa première décision, n'a-t-il pas tardé à adopter la doctrine que nous venons d'exposer (Déc. Min. du 23 mai 1835. *J. E.* 11201).

Un grand nombre d'arrêts de la cour suprême sont venus confirmer les prétentions de l'administration, et l'un d'eux du 19 mai 1843, rendu toutes Chambres réunies, a consacré définitivement la jurisprudence antérieure (*J. E.* 13256). La question ne fait plus aucun doute dans la pratique où l'on admet que la perception du droit proportionnel sur l'adjudication d'immeubles indivis prononcée au profit de l'un des cohéritiers ou copropriétaires est définitive, et que cette perception ne peut être modifiée en aucune façon par l'événement ultérieur du partage.

Cette théorie est combattue par M. Paul Pont qui

interprète dans un tout autre sens que la Cour de Cassation ces mots *parts acquises*. Peu importe, d'après cet auteur, qu'il y ait ou non mutation; ce qu'il faut avant tout rechercher c'est de savoir si, par l'effet de la licitation, une valeur nouvelle est entrée dans le patrimoine de l'héritier. Or la valeur est nouvelle quand elle excède les droits héréditaires de l'adjudicataire, c'est-à-dire quand elle est supérieure à celle sur laquelle l'héritier a déjà acquitté le droit de mutation par décès. « C'est donc, ajoute M. Pont, à raison du droit de succession payé par l'héritier que le droit sur la licitation est limité, il ne peut pas exister d'autre cause légitime de ne pas percevoir sur la totalité du bien licité. Le législateur n'a donc pas pu entendre par ces mots: *parts acquises*, autre chose que la part sur laquelle l'adjudicataire n'a pas payé le droit de succession, part dont il n'est pas propriétaire à ses yeux, part enfin sur laquelle il doit en conséquence le droit de mutation ¹. »

Cette vigoureuse protestation est restée sans écho et la jurisprudence des tribunaux s'est ralliée à la doctrine professée par la Cour suprême.

Une déduction logique des principes plus haut énoncés exige que la perception du droit soit faite sur chaque adjudication présentée à l'enregistrement, sans égard à celles antérieures ou postérieures. En effet, tout ce qui excède les droits héréditaires du colicitant dans l'immeuble licité constitue une vente passible du droit proportionnel sans que, pour fixer cette part, on puisse ajouter sa part dans des immeubles de la succession, adjugés antérieurement, quoi-

1. Championnière et Rigaud, t. VI, n° 130.

que ces diverses adjudications soient faites en vertu d'un même jugement et qu'elles puissent être considérées comme les parties d'une même opération¹.

Il faudrait également décider que si l'immeuble mis aux enchères a été adjugé à l'un des colicitants et à un tiers, acquéreurs conjoints, le droit de mutation n'est perçu que sur ce qui excède les droits du colicitant dans la totalité de l'immeuble. D'où cette conséquence que l'impôt ne peut être exigé de ce dernier, si sa part dans la propriété de l'immeuble est restée la même. Un exemple mettra mieux en relief notre pensée. Primus et Secundus possèdent par indivis, chacun pour moitié, un immeuble qui licité a été adjugé indivisiblement à ce dernier et à un étranger. Quelle sera la portion à déduire pour la perception du droit d'enregistrement sur l'acquisition opérée au profit du colicitant? Un tribunal avait jugé que dans notre espèce il fallait voir là deux acquisitions séparées et qu'au regard du cohéritier adjudicataire on devait déduire ses droits non pas dans la totalité de l'immeuble, mais seulement dans la portion dont il s'était rendu acquéreur.

Nous croyons au contraire que la part à déduire pour la perception du droit d'enregistrement est non du quart mais de moitié. En effet notre colicitant n'acquiert rien en définitive, puisque ses droits de propriété n'ont été ni augmentés ni diminués ; et le seul résultat produit par l'adjudication est que l'indivision qui existait entre lui et Primus, est remplacée par celle que l'acte établit entre lui et son coacquéreur (*Sic*, Grenoble, 27 août 1863, D. 63. 3. 15).

La jurisprudence, nous l'avons déjà fait remar-

1. Cass., 29 juin 1840, S. 40. 1. 652. — 22 fév. 1841, S. 41. 1. 346.

quer, apporte à cette doctrine une restriction et elle décide que le cohéritier adjudicataire peut être affranchi du paiement du droit proportionnel, s'il justifie, lors de l'enregistrement du procès-verbal d'adjudication, qu'un partage définitif a fait entrer dans son lot ce qui excède sa part dans le prix des immeubles à lui adjugés.

Du reste toutes les conditions exigées par l'art. 68, 3, n° 2, se trouvent remplies, puisqu'il ressort de l'acte de partage que le cohéritier adjudicataire a été loti seulement *en valeurs héréditaires* et qu'il n'est tenu de *rien débours*er à ses copartageants. Dans l'espèce la licitation n'a eu pour résultat que d'indiquer la valeur réelle de l'immeuble pour l'attribuer au colicitant le plus offrant. « Et il n'y aucune raison de supposer, dit fort judicieusement M. le procureur général, Paul Fabre, dans ses conclusions sur l'arrêt du 12 mai 1870, que l'attribution, parce qu'elle aura été le résultat, d'un jugement au lieu d'être l'effet d'un accord, et parce qu'elle aura été faite moyennant un prix fixé par les enchères au lieu de l'être moyennant un prix amiablement convenu entre les copartageants, doive être régie par un principe différent et entraîner le droit proportionnel¹. »

Pour que le jugement d'adjudication présenté simultanément au receveur avec le partage qui est attributif du prix, soit soumis au simple droit fixe, l'administration exige avec raison que la licitation soit enregistrée dans le délai légal. Autrement ce serait une prime donnée à la fraude, de sorte que

1. Cass., 5 mars 1855. Sir. 55. 4. 576. — Ch. Renn. 12 mai 1870. D. 70. 1. 225. V° M. Naquet, *Traité théorique et pratique de l'enreg.* n° 428. M. G. Demante, *Principes de l'enregistrement*, n° 711.

le contribuable, rigide observateur des dispositions de la loi, se trouverait plus durement imposé que celui qui ne s'est pas fait scrupule de la violer. De même lorsqu'une adjudication a été enregistrée, le partage intervenu en temps opportun, mais non présenté en même temps à la formalité, doit être considéré comme un événement ultérieur et ne saurait donner ouverture à la restitution du droit qui a été régulièrement perçu ¹.

Il ne suffit pas, nous l'avons déjà dit, de présenter simultanément au receveur le jugement d'adjudication et l'acte de partage, il faut de plus que ce partage soit définitif, c'est-à-dire obligatoire pour toutes les parties qui y ont figuré. De nombreuses décisions ont été rendues en ce sens par la Cour de cassation, nous ne citerons que quelques hypothèses sur lesquelles elle a eu l'occasion de statuer.

C'est ainsi qu'il n'y aurait pas partage définitif, s'il existe une clause du cahier des charges portant que si l'un des colicitants se rend adjudicataire, l'immeuble acquis sera imputé sur sa part, parce que les droits respectifs des parties ne sont pas complètement réglés ². De même cette clause du partage « que la totalité du prix d'adjudication est abandonnée à l'adjudicataire à valoir sur sa part héréditaire dans les autres biens non partagés de la succession » ne saurait exonérer le colicitant acquéreur du paiement du droit proportionnel (Abbeville, 6 août 1850, *J. E.* 15094).

Un arrêt des Chambres réunies du 12 mai 1870 dont nous avons déjà eu l'occasion de parler, a posé

1. Seine, 11 mars 1832, *J. E.* 15573.

2. Cass. 27 avril 1839, *J. E.* 12295. — 22 fév. 1841, *J. E.* 12714. — 29 déc. 1841, *J. E.* 12909.

en principe que le partage qui, à raison de la présence d'incapables, est soumis à l'homologation du tribunal, a un caractère provisoire et par conséquent ne peut exonérer le cohéritier adjudicataire du droit à percevoir sur la licitation. On avait soutenu que le défaut d'homologation n'empêchait pas le partage intervenu entre majeurs et mineurs autorisés par leurs tuteurs de produire ses effets; qu'il y avait là une nullité que l'incapable seul pouvait invoquer et que l'administration n'avait pas à apprécier la validité des contrats qui lui sont présentés. Nous ne voulons pas ici nous étendre sur ce point et nous renvoyons à ce que nous avons dit en traitant du partage provisionnel. Certes l'administration n'est pas juge de l'utilité de la formalité lorsqu'un acte est produit; mais elle a aussi comme strict devoir de démasquer la fraude, et cette fraude existe quand un acte irrégulier en lui-même a pour objet d'affranchir d'autres actes du droit dont ils seraient sans lui redevables ¹.

Lorsque tous les copartageants sont majeurs, le notaire pourra, avec un peu de diligence, présenter en même temps au bureau le jugement d'adjudication et l'acte de partage. Mais si au nombre des colicitants se trouvent des incapables, il y a presque impossibilité d'accomplir cette formalité avant l'expiration des délais fixés pour l'enregistrement de la licitation. La protection accordée aux incapables se retourne donc contre eux et les oblige à acquitter des droits souvent fort onéreux. Aussi, à un point de vue économique et

1. Cass. 20 déc. 1869. D. 70. 1. 183. — Ch. Rennes, 12 mai 1870. D. 70. 1. 225. — 22 juillet 1872. D. 72. 1. 420.

social, devons-nous faire des vœux pour qu'une réforme s'opère sur ce point.

Mais le partage pour être définitif doit-il comprendre toutes les valeurs de la succession? Cette question a donné lieu à des débats très vifs et la Cour de cassation n'a pas encore été appelée à la trancher.

L'administration prétend que cet acte ne terminant pas l'indivision de la totalité de la masse héréditaire, produit des résultats provisoires qui peuvent être modifiés par le règlement du partage général, et elle se refuse de le prendre pour base pour la liquidation du droit d'enregistrement à percevoir sur la licitation. Le principe général, dit-elle, est que le droit d'enregistrement soit perçu sur le prix d'adjudication duquel il faut déduire seulement la part du cohéritier adjudicataire dans le prix des biens licités. Une seule dérogation a été apportée à ce principe, c'est lorsque le jugement d'adjudication est soumis à la formalité en même temps que le partage réglant, d'une manière définitive, les droits des cohéritiers. Puisqu'il y a là une exception, il faut la restreindre dans ses plus étroites limites et ne considérer, comme partage définitif, que celui qui est à l'abri de toute éventualité et de tous recours postérieurs. Or il ne saurait en être ainsi de ce partage partiel qui ne constitue qu'un lotissement provisoire et qui peut être modifié par des actes ultérieurs.

Cette opinion est généralement combattue par les auteurs qui prétendent que le partage partiel doit être considéré comme définitif à l'égard des valeurs qui en sont l'objet et qu'il n'est soumis à aucune éventualité de résolution par suite de l'événement du partage général. La licitation est alors comme un acte

d'exécution du partage alors même qu'il ne comprend pas tout l'actif de la succession. Demolombe a bien mis ce point en lumière. « Les cohéritiers, dit-il, sont libres de ne faire qu'un partage partiel, c'est-à-dire de partager certains biens en restant dans l'indivision pour le surplus; c'est ainsi que souvent le partage des meubles a lieu avant celui des immeubles, ou que certains immeubles partageables en nature sont en effet partagés avant la licitation des autres qui sont impartageables. Et le partage ainsi fait doit être considéré comme définitif, même à l'égard des tiers, et par exemple à l'égard des créanciers personnels des héritiers, dans les mêmes cas où un partage total serait considéré comme tel ¹ ».

Du reste certains textes du Code civil semblent admettre la possibilité d'un partage à la fois partiel et définitif. L'article 818 C. c. notamment permet au mari de demander, sans le concours de sa femme, le partage des biens qui doivent tomber dans la communauté. Ce partage, bien que partiel, n'en est pas moins définitif pour les objets sur lesquels il porte. Aussi est-ce une erreur que de croire que n'est définitif que le partage qui comprend indistinctement toute la masse héréditaire. Telle est la doctrine qui a été consacrée par de nombreuses décisions judiciaires émanant de tribunaux de première instance et tout récemment par un jugement du tribunal de Dijon du 7 décembre 1885 (*Rép. pér.* Garnier, art. 6728). Aussi le partage partiel n'a-t-il pas « au point de la transmission de la propriété et de l'irrévocabilité de cette transmission, des effets différents de ceux d'un partage qui comprendrait également les quelques objets

1. Demolombe, t. XV, n° 615.

laissés dans l'indivision. » La conséquence de notre système est que si, comme cela est possible, les communistes apportaient par la suite des changements au premier partage, il s'opérerait alors une nouvelle mutation passible du droit proportionnel.

Notons que le jugement du tribunal de Dijon dont nous venons de rapporter les considérants, a une importance considérable en raison de l'adhésion que semble devoir lui donner l'administration de l'enregistrement ¹.

Droit de transcription. La loi de frimaire assimilait le partage avec soulte et la licitation à la vente relativement au taux, c'est-à-dire à la quotité du droit à percevoir. La loi du 28 avril 1816 qui a confondu le droit de transcription avec le droit de mutation et a porté ce dernier à 5 fr. 50 c. pour cent, est-elle applicable à la soulte et à la licitation. Il faut écarter tout d'abord l'art. 52 qui en tarifant spécialement les ventes déclare que la transcription ne donnera plus lieu au droit proportionnel de 1 fr. 50; car de la licitation il n'est fait nulle mention. D'autre part l'art. 54 qui soumet au droit additionnel tous les actes de nature à être transcrits, ne saurait s'appliquer d'ailleurs. En effet il résulte des principes de droit civil exposés précédemment que le copropriétaire apportionné ou adjudicataire sur licitation est réputé avoir été, dès l'origine de l'indivision, seul et unique propriétaire des objets à lui attribués, et que ses autres copartageants sont réputés n'y avoir eu aucun droit.

Donc, jusqu'au jour du partage et de la licitation,

1. V. en ce sens Championnière et Rigaud, III, n° 2737. Garnier, *Rép. gén.*, n° 10835. — M. Naquet, n° 429. — M. G. Demante, n° 710. — Seine, 27 juillet 1877, *J. E.* n° 20485. — Bayeux, 44 août 1878 *J. E.* n° 21179.

chacun des copropriétaires n'ayant qu'un droit résoluble, n'a pu consentir des hypothèques ou autres droits réels qu'à charge de les soumettre aux mêmes conditions.

L'article 883 C. c. produit ici tous ses effets, dont le principal est de faire disparaître les hypothèques constituées pendant l'indivision ; aussi faut-il en conclure que la transcription n'a pas d'objet puisque la formalité ne serait d'aucune utilité. — La licitation en effet est une sorte d'aliénation ayant un caractère propre et distinct, aliénation que la loi entoure d'une faveur marquée parce que la volonté des parties a été de faire non pas un acte de commerce, mais un véritable pacte de famille. Ces principes ont triomphé dans l'arrêt de la Cour de cassation du 27 juillet 1819 dont l'Instruction générale du 27 octobre suivant a ordonné l'exécution.

« Attendu, porte cet arrêt, que les retours de partage ne sont pas compris dans la disposition littérale de l'article 52 de la loi du 28 avril 1816 qui ne parle que des ventes d'immeubles, et ne fait aucune mention des retours de partage, non plus que des parts et portions d'immeubles indivis acquises sur licitation, à la différence de l'article 69 de la loi du 22 frimaire an VII qui, après avoir assujetti (n° 1, § 7 dudit art.) à un droit de 4 fr. pour cent francs les ventes d'immeubles, a ensuite, et par des dispositions expresses (celles des n°s 4 et 5 du même parag.), assujetti au même droit les parts et portions indivises de biens immeubles, acquises par licitation, ainsi que les retours de partage de ces mêmes biens¹ ».

1. Décis. min. fin. 30 sept. 1833. *Instr. génér.* 1446, § 1^{er}. Championnière et Rigaud, n° 2673.

La transcription, préliminaire forcé de la purge, se trouve donc régie par les principes du droit civil qui indiquent les cas où cette formalité est nécessaire pour consolider la propriété entre les mains de l'acquéreur. Or les privilèges et hypothèques du chef des copropriétaires s'évanouissant à la suite du partage ou de la licitation, il s'ensuit que la purge est sans intérêt. — C'est du reste ce qu'a décidé une loi postérieure à la loi du 28 avril 1816, celle du 23 mars 1855, dont l'article 1^{er} n° 4 ordonne la transcription « de tout jugement d'adjudication, autre que celui rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant. »

Nul doute que le partage et la licitation ne soient exempts de cette formalité ; mais de graves difficultés s'élèvent relativement à certains actes, les cessions de droits successifs notamment. — Si l'on assimile la cession, non pas à une vente, mais à un acte de partage ayant pour objet de faire cesser l'indivision, la règle du partage déclaratif s'appliquera dans toute sa rigueur. — Si, au contraire, on décide qu'elle constitue une vente, l'acte tombera sous l'application de l'article 52 de la loi de 1816 et sera passible du droit de 5 fr. 50. La question de savoir quelles sont les conditions que doit réunir la cession pour rentrer dans la catégorie des partages, c'est-à-dire des actes déclaratifs, a déjà été examinée plus haut et il nous suffit d'y renvoyer.

L'administration n'ayant pas à apprécier les motifs des parties qui requièrent la transcription, le droit proportionnel de 1 fr. 50 pour cent doit être perçu sur l'acte qui, bien qu'il ne soit pas de nature à être transcrit, est présenté volontairement à la formalité. Le

droit proportionnel de transcription, comme le disent fort bien de nombreux arrêts, est la rémunération d'un service rendu par l'État ; or la rémunération est acquise par l'accomplissement des faits qui constituent le service et la perception du droit ne dépend ni de l'obligation où était la partie de soumettre l'acte à la transcription, ni du plus ou moins d'utilité qu'elle retire de la transcription lorsqu'elle la requiert sans y être obligée ¹. De plus si l'acte contient des dispositions indépendantes dont l'une d'elles seulement serait de nature à être transcrite, il faudrait dans ce cas avoir soin de bien préciser dans la réquisition la partie que l'on veut faire transcrire, autrement la formalité serait indistinctement accomplie sur toutes les clauses du contrat.

Mais il faut remarquer que le droit de transcription, quand la formalité est requise, doit être perçu, non pas seulement sur la valeur des parts acquises, mais sur le prix total de la licitation. A cette objection qu'aux termes de la loi du 21 ventôse an VII, art. 25, le droit proportionnel de 1 fr. 50 doit être liquidé « suivant qu'il aura été réglé à l'enregistrement », on peut répondre que l'article 25 n'a eu d'autre but que d'établir la même base d'évaluation pour nos deux droits qui diffèrent l'un de l'autre tant par leur nature que par leur objet. La jurisprudence est unanime à reconnaître que le droit à percevoir à l'occasion de cette formalité « doit être indivisible comme les hypothèques dont la transcription est destinée à préparer la purge et qui reposent sur toutes les parties de

1. Cass. 9 août 1860, S. 61. 1. 548. — 10 juillet 1865, S. 65. 1. 423. — 24 mars 1868, Sir. 68. 1. 311.

l'immeuble » (Cass., 15 mars 1870, Sir. 70. 1. 270 ; 6 déc. 1871, Sir. 71. 1. 247).

Il peut arriver qu'un droit de transcription soit exigible sur un acte qui échappe au droit de mutation. Tel serait le cas de l'héritier bénéficiaire ; car l'adjudication qui lui est faite des biens de la succession n'opérant pas une transmission nouvelle, n'est pas passible du droit de vente. Mais la Cour de cassation a décidé par un arrêt rendu toutes Chambres réunies que l'héritier bénéficiaire pouvait, relativement aux biens à lui adjugés, remplir les formalités nécessaires pour arriver à la purge des hypothèques constituées par le défunt, et que par conséquent l'acte d'adjudication se trouvant ainsi de nature à être transcrit, il devait donner lieu, lors de l'enregistrement, à la perception du droit de 1 fr. 50 pour cent ¹. Aussi la Cour considère-t-elle la licitation, tranchée au profit d'un héritier bénéficiaire à ce point de vue, qu'elle est déclarative à l'égard de toutes autres personnes que les créanciers héréditaires. A l'égard de ces derniers, l'héritier bénéficiaire n'est qu'un administrateur comptable, et après l'adjudication il se trouve vis-à-vis d'eux dans la même situation qu'un acquéreur ordinaire : d'où nécessité de la transcription.

La jurisprudence n'exige pas seulement que la licitation fasse cesser l'indivision, elle veut de plus que la licitation soit intervenue entre communistes puisant leurs droits dans *un titre commun de copropriété* Cass. 21 juillet 1858, Sir. 58. 1. 767; 15 mars 1870, Sir. 70. 1. 270. On doit entendre par titre commun le fait juridique qui a fait naître la copropriété. Ainsi

1. V. *Rép. pér.* Garnier, art. 4292.

seraient copropriétaires au même titre deux acquéreurs d'un immeuble par un seul et même acte de vente, deux héritiers d'une même succession; deux légataires d'un même objet, lorsque la libéralité a été faite par un même testament.

Les décisions judiciaires que nous venons de relater semblent bien contraires au texte de la loi de frimaire, art. 68, § 3, n° 2, qui tarife au droit fixe « les partages de biens meubles et immeubles entre copropriétaires à quelque titre que ce soit... » D'ailleurs ces expressions « *à quelque titre que ce soit* » ne paraissent-elles pas démontrer que la pensée du législateur a été d'abandonner le système de la loi du 4 thermidor an IV, art. 4, qui exigeait que les licitations et les retours de pacte d'immeubles eussent lieu entre *copropriétaires au même titre* ? Il nous semble qu'en présence des dispositions si formelles de la loi on aurait dû appliquer les mêmes règles à la licitation tranchée au profit du cessionnaire d'un cohéritier qu'à celle tranchée au profit du cédant.

Championnière et Rigaud avaient proposé une distinction où toute la difficulté semble devoir se résoudre en fait par une question d'intention soumise à l'appréciation des tribunaux. « Si, par le premier acte, disent-ils, les parties constituent réellement une association, le droit n'est pas exigible sur le second, *il y a partage et non vente.* » Cette opinion n'a pu triompher et aujourd'hui il est de jurisprudence constante que si le tiers acquéreur d'une portion indivise d'immeuble « se rend ultérieurement adjudicataire des parts des autres cohéritiers, cette opération constitue une vente pure et simple passible du droit de 5 f. 50. »

Le seul motif qui a dicté les décisions de la Cour de cassation a été de réprimer les nombreuses fraudes auxquelles les contribuables avaient souvent recours et qui consistaient à acheter une très petite fraction de l'immeuble indivis dans le but d'acquérir le surplus à la suite d'une licitation et d'échapper ainsi au paiement du droit de transcription. Une longue suite d'arrêts de la Cour suprême et notamment celui du 26 mai 1876 décident que le cessionnaire est tenu de faire transcrire l'adjudication sur licitation prononcée à son profit ; qu'il est affranchi, il est vrai, des hypothèques qui auraient pu être constituées durant l'indivision par les cohéritiers autres que ses cédants, mais qu'à l'égard de celles qui procèdent soit du chef de ces derniers, soit de l'auteur commun il se trouve dans la situation d'un tiers acquéreur ordinaire.

L'opinion que M. G. Demante a émise dans son *Exposition raisonnée des principes de l'Enregistrement*, n° 716, a été invoquée par le conseiller rapporteur de l'arrêt précité, M. Guillemard. Aussi en terminant ne saurions-nous mieux faire que de la citer ici. « Tant que dure l'indivision, dit fort bien M. G. Demante, le cessionnaire ne peut purger les hypothèques assises du chef de son cédant, car il ne peut forcer les créanciers de celui-ci à surenchérir une portion indivise (art. 2205 C. c.) Donc, après le partage ou la licitation, le cessionnaire a intérêt à faire transcrire son titre, non pas à l'encontre des créanciers des copartageants (883, 2125 C. c.) mais à l'encontre des créanciers de son cédant. Le cessionnaire, dans tous les cas, encourt donc le droit de transcription, à raison des immeubles compris dans son lot. » Ajoutons que le droit

de transcription serait ici perçu sur la totalité du prix d'adjudication, sans qu'il y ait lieu de défalquer le montant des droits indivis que ce cessionnaire possédait déjà dans l'immeuble du chef du cédant.

CHAPITRE IV

DES RAPPORTS

Une opération qui se rattache très intimement au partage de succession puisqu'elle en est le préliminaire forcé, c'est évidemment le rapport. Aussi devons-nous en dire quelques mots en l'envisageant tout spécialement au point de vue bursal.

D'après le Code civil, le rapport est l'obligation qui est imposée à l'héritier de remettre à la masse tout ce qu'il a reçu du défunt, à titre de donation entre vifs, directement ou indirectement, et de ne pas retenir les legs à lui laissés, à moins que ces diverses libéralités n'aient été faites à titre de préciput et hors part. L'héritier doit en outre tenir compte à la succession de toutes les sommes dont il se trouve débiteur vis-à-vis du *de cuius*. La théorie des rapports qui existait déjà, bien différente, il est vrai, de la nôtre dans la législation romaine et même dans le vieux droit coutumier, répond à un sentiment de justice et d'équité ; car elle a pour but de maintenir l'égalité entre les différents successibles et de ne pas rompre la paix et la bonne harmonie qui doivent surtout régner entre membres d'une même famille.

Les règles relatives aux rapports des dons sont

faciles à justifier par cette idée que le donateur n'a pas voulu, à moins d'une volonté expresse contraire, s'opposer à la dévolution légale de sa succession, mais seulement faire une libéralité à titre d'avancement d'hoirie. La même idée ne saurait s'appliquer au rapport des legs, puisque ici la loi semble ne tenir aucun compte de la volonté du défunt qui devrait s'interpréter en ce sens que la libéralité a été faite à titre de préciput. Dans l'ancien droit « nul ne pouvait être héritier et légataire ensemble » et il y avait incompatibilité entre ces deux qualités, si bien que les collatéraux qui n'étaient pas obligés de remettre à la masse l'objet des donations entre vifs à eux faites, ne pouvaient jamais réclamer les legs ou les cumuler avec leurs parts héréditaires. Le législateur moderne qui sur ce point s'est écarté des traditions du droit coutumier, nous semble, en ne considérant pas comme sous-entendu la clause de préciput, avoir donné une fausse interprétation de la volonté du disposant. On est donc fondé à croire, comme le fait remarquer Demolombe que la disposition contraire de notre Code n'est « qu'un vestige de l'ancienne règle de l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire, dont le législateur a conservé une conséquence en même temps qu'il abrogeait le principe ¹. »

Aussi dans cette hypothèse le mot *rapport* n'était-il pas employé par nos vieux auteurs et tous les jurisconsultes modernes s'accordent à trouver cette expression défectueuse. En effet, qu'est-ce que rapporter? sinon faire rentrer dans le patrimoine commun une valeur qui est sortie afin qu'elle puisse être comprise dans le partage. Or peut-on dire que le légataire

1. Demolombe, t. XVI, n° 464.

a possédé même un instant de raison les biens dont il a été gratifié ? Nullement ! et si aux termes de la loi il ne peut rien réclamer, il s'ensuit qu'il doit laisser dans la masse l'objet même de cette libéralité testamentaire.

Le seul moyen de faire produire quelque effet à la volonté du disposant, ce serait, ainsi que l'ont proposé quelques auteurs, d'accorder au successible un droit de préemption, c'est-à-dire le droit d'obtenir l'objet du legs en l'imputant sur sa part héréditaire¹.

Notons que le rapport peut être demandé, de même qu'il est dû, par tout héritier, c'est-à-dire par toute personne qui vient à la succession en vertu des dispositions de la loi. Le mot héritier tel qu'il est employé par les articles 843 et 857 C. civ. doit être entendu dans un sens large, et il s'applique tant aux héritiers bénéficiaires qu'aux successeurs irréguliers.

Le rapport des dons peut s'effectuer de différentes manières : Dans le cas où le successible est obligé de remettre à la masse le don qu'il a reçu, il y a rapport en nature ; dans le cas contraire où il doit imputer sur sa part héréditaire le montant de la donation, il y a alors rapport en moins prenant. La loi indique les cas où le rapport a lieu en nature et ceux où il a lieu en moins prenant ; le cadre de notre sujet ne nous permettant pas d'entrer dans aucun détail sur ce point, nous nous contentons de renvoyer aux articles 859 à 869 du Code civil qui régissent la matière.

Nous pouvons donc dès maintenant aborder l'étude des principes d'enregistrement.

1. A. M. Demante, *Cours analytique de Code civil*, t. III, n° 177 bis.

I. Rapport des dons.

Le rapport des dons entre vifs s'effectue soit en nature, soit en moins prenant. Art. 858 C. c. D'où deux hypothèses bien distinctes à examiner.

§ 1^{er}. — *Rapport en moins prenant*. — Aucun doute ne s'élève sur la question de savoir si le droit proportionnel devra être perçu sur les biens faisant l'objet du rapport. En vertu de la règle *non bis in idem*, il semble bien évident que l'héritier donataire n'a pas de droits de mutation à payer, puisqu'il les a déjà acquittés au moment de la donation.

Quid? quant à la liquidation du droit gradué qui doit être perçu sur le montant net de l'actif partagé. Doit-on dire que les biens rapportés en moins prenant font partie de la masse partageable? C'est ce qu'a décidé avec raison, croyons-nous, un arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1875, D. 75. 1. 212.

En effet, si dans le but de simplifier les opérations du partage, le débiteur du rapport est autorisé à retenir l'objet de la libéralité, il n'en demeure pas moins nanti par l'attribution que lui en fait la loi par imputation sur ses droits dans la succession. Si le donataire a le droit de soustraire aux chances du partage les biens dont le rapport s'effectue en moins prenant, il n'en est pas moins vrai que ceux-ci ont figuré dans la composition de l'actif héréditaire et fait à ce titre l'objet d'un lotissement spécial. Or les objets précomptés, comme les objets prélevés, faisant partie de la masse partageable, ils devront de ce chef être soumis au paiement du droit gradué. On pourrait ajouter encore que cette attribution de créance est le

résultat d'une tradition de brève-main, et que par suite la créance a fait partie de la succession¹.

D'ailleurs le droit gradué ne se confond pas plus, pour les valeurs rapportées, avec le droit de mutation perçu à l'époque de la donation, qu'avec le droit de mutation perçu, dans les six mois de l'ouverture de la succession, sur les valeurs qui ne sont jamais sorties du patrimoine du *de cujus*. Cette solution était déjà admise en matière de droits domaniaux et Bosquet nous rapporte « que le droit de contrôle des partages est dû sur la valeur entière de tous les biens qui forment la masse, y compris ceux du rapport ». En un mot l'actif net n'est pas autre chose que la masse héréditaire diminuée des dettes, à la formation de laquelle concourent, sans distinction, les valeurs réellement ou fictivement partagées.

Le tribunal de la Seine a eu l'occasion de faire l'application de ces principes dans l'espèce suivante (5 juillet 1872 Garnier, *Rép. gén.* n° 12319).

Dans un acte de liquidation, il était constaté que les deux seuls héritiers du *de cujus* avaient reçu de lui, en avancement d'hoirie, chacun une valeur de 220,000 fr., et l'acte ajoutait que ces derniers ayant été dotés d'une manière égale, il n'y avait pas lieu de leur faire faire le rapport des sommes à eux données. Le tribunal a, selon nous, décidé avec raison que le droit gradué était exigible sur les avancements d'hoirie dont il était fait mention au partage, malgré cette déclaration que les dots étant égales, celles-ci ne figuraient pas ni dans la composition de la masse, ni dans la formation des lots. En effet il n'y a eu là qu'un double rapport fictif, puisque cette reconnaissance

1. M. Naquet, *Principes d'enregistrement*, n° 1110.

constitue un véritable lotissement entre copartageants et a pour effet de les rendre attributaires d'une manière irrévocable, comme pour les autres biens compris spécialement dans la masse, des valeurs à eux données sous condition résolutoire. D'ailleurs la clause par laquelle les parties déclarent n'avoir aucun rapport à se faire de ce chef, ne peut être regardée comme une exclusion des dots du partage; mais au contraire elle est une formule habile qui a cherché à les y comprendre implicitement sans paraître le faire¹. Dans le même sens une solution du 11 janvier 1873 *J. E.* n° 19298 a décidé que le droit gradué est dû sur la clause par laquelle les cohéritiers reconnaissent s'être réglés précédemment au sujet des rapports qu'ils devaient aux successions partagées, à raison des sommes reçues par eux en avancement d'hoirie ou à tout autre titre. En l'absence de tout élément d'appréciation, l'administration serait fondée dans ce cas à demander aux parties une estimation des valeurs dont le rapport est dû.

Si le rapport du mobilier se fait toujours en moins prenant, et si celui de l'argent s'impute d'abord sur le numéraire de la succession et ensuite, dans le cas où le donataire le désirerait, sur le mobilier et les immeubles héréditaires, rien ne s'oppose à ce que celui-ci puisse, d'accord avec ses cohéritiers, intervertir l'ordre tracé par la loi ou rapporter l'objet même de la libéralité. Dans les articles 868 et 869 C. civ. le législateur n'a qu'un but c'est de faciliter au donataire les moyens de libération, en l'autorisant à payer au-

1. Dalloz, *Code de l'enreg.*, n° 2981. — Cass. 15 mars 1875, S. 75. 4. 322. Sol. adm. 27 sept. 1872, S. 73. 2. 152 — Sedan, 6 août 1886, *J. E.*, 22538.

tre chose que ce qu'il doit; mais il n'a jamais voulu entraver les divers accommodements qui peuvent paraître avantageux aux cohéritiers. Aussi le rapport des valeurs mobilières pourrait-il s'effectuer, soit en argent, soit en attribution d'immeubles de la succession, et cette dernière attribution constituerait une disposition dépendante du partage, non passible du droit proportionnel (Del. adm. 23 fév. 1825, *J. E.* 8142).

Par application de ces principes et conformément aux dispositions de l'art. 869 C. civ., il faut décider, selon nous, que si dans une succession composée absolument d'immeubles, un donataire rapporte une somme d'argent à lui donnée en avancement d'hoirie et soit ensuite totalement rempli de ses droits en immeubles héréditaires, il n'y a pas de droit de soulte à payer lorsque le numéraire rapporté a été attribué à l'un de ses cohéritiers. En effet ce numéraire n'est plus une valeur étrangère à la succession; il est resté dans la masse où il s'est confondu avec les autres biens. Comme eux, il peut servir à composer et à égaliser les lots: aussi n'y a-t-il nullement à distinguer à cet égard, comme le fait remarquer M. Nicias Gaillard, entre ceux des biens héréditaires qui étaient sortis des mains de l'auteur commun sous la condition d'y rentrer à sa mort et ceux qui y sont toujours restés ¹.

Malgré les résistances de l'administration, la jurisprudence a admis que le rapport d'une somme d'argent, stipulée payable à terme, ne saurait donner ouverture au droit de soulte.

Il semble évident que la somme, même payable à

1. V. article de M. Nicias Gaillard. *Rev. crit.*, t. VII, p. 504; Sol. 12 juin 1832, S. 32. 2. 544.

terme, est rentrée par l'effet du rapport dans la masse partageable, puisque la créance qui en était la représentation a pu faire l'objet d'une attribution définitive à un autre copartageant. Peu importe comment s'effectue le rapport, c'est affaire entre cohéritiers, et il suffit que « la soulte soit payée en effets pro- » venant de la succession commune, pour que celui » auquel elle est donnée ne soit pas censé la recevoir » de son copartageant à titre de paiement par un » moyen étranger à la succession ; on considère alors » qu'il la prend dans la succession même jusqu'à » concurrence de ce qui lui revient pour son partage¹. »

Il n'y a soulte que lorsque le copartageant a reçu une part plus forte que celle à laquelle il avait droit et qu'il acquitte l'excédent en deniers à lui propres. Car « la masse à partager, ainsi que l'observent fort bien Championnière et Rigaud, n'est prise en considération que relativement à sa valeur : les lots doivent être considérés à ce même point de vue et tenus pour égaux si les valeurs sont égales, quelle que soit d'ailleurs la nature ou l'espèce des biens dont ils sont formés². »

Il résulte de l'arrêt du 11 déc. 1855, cité en note, que la renonciation pure et simple d'un héritier à se prévaloir d'une clause de préciput ne donne ouverture à aucun droit de donation, à moins cependant qu'il n'y ait eu chez ce dernier une intention manifeste de libéralité à l'égard de ses copartageants.

§ 2. — *Rapport en nature*. — Si on a discuté la

1. Bosquet, *Dict. des domaines*, § 3, n° 7.

2. Championnière et Rigaud, t. III, n° 2675. — Garnier, *Rép. gén.*, n° 12,436. — Cass. 11 déc. 1855, aff. Maydieu, Sir. 56. 4. 456 — Cass. 27 avril 1858, Sir. 58. 1. 617.

question de savoir si le droit fixe, frappant toutes les valeurs qui composent la masse indivise, devait être perçu sur les rapports en moins prenant, aucune hésitation n'est possible en ce qui concerne le rapport en nature. En effet les biens rapportés rentrent matériellement dans la succession dont ils font partie de l'actif; aussi doivent-ils être soumis au droit fixe gradué.

D'autre part, il importe peu que les biens soumis au rapport aient été attribués soit au donataire lui-même soit à un autre cohéritier, ils n'en seront pas moins exempts du droit de mutation par décès; car ils ont déjà acquitté ce droit lors de la libéralité. Il n'y a pas là un titre nouveau d'acquisition. « En ne dispensant pas le donataire du rapport, ainsi que le dit fort bien M. G. Demante, l'auteur de la succession a associé virtuellement ses cohéritiers au bénéfice de la donation. Le titre de la donation leur est communiqué, et les droits de donation entre vifs, payés sur ce titre, leur doivent profiter. Mais du moins cela peut donner lieu à une perception supplémentaire, par exemple, si les cohéritiers sont à des degrés de parenté inégaux, il serait dû un droit par supplément, dans le cas où la chose donnée arriverait à un héritier tenu d'un droit plus fort que n'est le donataire ¹. »

Cette doctrine de l'association virtuelle qui enseigne que les cohéritiers puisent leurs droits aux choses rapportées dans le titre même de la donation combiné avec leur qualité d'héritier, a été consacrée par une décision de l'administration belge du 13 avril 1867

1. M. G. Demante, *Principes de l'enregis.*, n° 718.

(*J. E.* 18398. *Sic* Nevers, 26 mai 1870. *J. E.* n° 18915).

Nous ne pouvons faire autrement que de donner notre approbation à cette jurisprudence ; car s'il est vrai que les donation en avancement d'hoirie ne sont qu'une délibération anticipée de la succession du donateur, il s'ensuit que le droit de mutation par décès a été perçu par avance. « D'ailleurs si l'art. 850 dit que le rapport ne se fait qu'à la succession du donateur, c'est seulement pour exprimer quand il est dû, et non pour établir au profit de la succession considérée comme être moral, une transmission ou appropriation fort inutile au but d'égalité entre les copartageants, le seul que le législateur se soit proposé dans l'établissement du rapport ¹. »

A ces considérations il y a eu lieu d'ajouter un argument tiré de la jurisprudence de la Cour de cassation. Il ressort d'un arrêt du 29 juillet 1862 (*J. E.* n° 17523) que pour la liquidation du droit de mutation par décès on doit déduire de la masse héréditaire les sommes données entre vifs et stipulées payables après le décès du donateur, sans distinguer si les sommes ont été données à un successible ou à un étranger. L'objet de la donation au point de vue de la perception de l'impôt ne fait donc plus partie de la succession du *de cujus*. Or si ces sommes doivent être déduites de l'actif héréditaire sans qu'il y ait lieu de s'occuper si elles existent ou non dans la succession, de rechercher si elles sont attribuées ou non au donataire, *a fortiori* aucun droit nouveau de mutation n'est-il dû lorsque les biens donnés entre vifs sont rapportés

1. Championnière et Rigaud, III, n° 2523.

en nature et attribués à l'un des cohéritiers du donataire ¹.

Rapport en nature effectué en argent. — Les mêmes principes s'appliqueraient encore et le droit de soulte ne serait pas dû en cas de donation d'un immeuble faite à charge de rapporter une certaine somme à la succession du donateur.

Que signifie en effet cette stipulation sinon que le rapport est dû jusqu'à concurrence de la somme déterminée et que le surplus est attribué à titre de préciput.

Il y a donc là un véritable rapport en numéraire, et peu importe pour la perception du droit qu'il soit effectué en vertu du texte de la loi, ou par l'effet de la volonté du disposant. Les cohéritiers du donataire ont seuls droit à la somme rapportée, puisque seuls ils ont été associés expressément à la donation par le défunt. Or nous avons dit que le rapport à succession n'opère pas une mutation nouvelle, par conséquent aucun droit proportionnel ne saurait être perçu. Cass. 1^{er} mars 1857, *J. E.* 16469.

On pourrait, croyons-nous, appliquer à la convention faite entre copartageants ce que nous avons dit de la stipulation imposée par le donateur lui-même et relative au rapport en argent, car le règlement opéré par la loi ne renferme pas en lui-même un principe d'ordre public auquel les parties ne puissent déroger.

En résumé, malgré le rapport, il n'y a eu qu'une seule transmission puisque les avancements d'hoirie ne constituent qu'une ouverture anticipée de la succession. Aussi en vertu de la règle *non bis in idem*

1. V. *Dict. rédact.* v^o Rapport à succession, n^o 425. — Sol. 9 mars 1872, *J. E.*, 17523. — 24 juin et 29 avril 1876, *J. E.* 18,399.

l'impôt ne doit être acquitté qu'une seule fois et les droits payés lors de la libéralité doivent se confondre avec ceux qui sont dus lors du décès du disposant. Si les biens donnés sont rapportés en nature ou en argent et attribués aux cohéritiers du donataire, ce dernier serait considéré, selon nous, comme ayant fait une avance des droits à ses copartageants ¹ (Nevers précité, 24 mai 1870).

Dons manuels. -- Certains auteurs prétendent que les dons manuels ne sont pas soumis au rapport parce que le donateur, en employant cette forme cachée, a ainsi manifesté sa volonté de faire la libéralité à titre de préciput.

Pour un grand nombre, au contraire, il n'y a qu'une différence de forme entre le don manuel et la donation ordinaire, et rien ne prouve qu'il ne soit rapportable ².

La jurisprudence semble adopter un système mixte pour elle les dons manuels et occultes ne peuvent être de plein droit nécessairement dispensés du rapport ; mais cette dispense peut résulter de la volonté du donateur dont l'appréciation appartient souverainement aux juges du fond. Il y a là une question de fait dont l'élément principal sera le secret dont le disposant a essayé d'entourer la donation.

Avant la loi du 18 mai 1850, le droit de mutation ne pouvait être perçu que sur le titre même de la donation ; or la simple déclaration du donataire ne pouvant constituer un titre de donation, il s'ensuit qu'il n'était pas possible de percevoir le droit proportion-

1. V. M. G. Demante, n° 718, en ce sens. — *Contrà* M. Naquet, n° 1007.

2. Comp. Demolombe, t. XVI, n° 255 et 328. — Laurent, t. X, n° 596. — Aubry et Rau, t. VI, § 632 et note.

nel sur cette libéralité. L'article 6 de la loi de 1850 est venu mettre fin à cet abus et désormais « les actes renfermant soit la déclaration pour le donataire ou ses représentants, soit la reconnaissance judiciaire d'un don manuel, seront sujets aux droits de donation. »

La déclaration contenue dans l'acte de partage rend le droit exigible, et l'impôt n'ayant pas été perçu sur la donation n'est pas ainsi exigé une seconde fois sous la forme de droits successifs.

II. Rapport des dettes.

Lorsqu'il s'agit d'avances faites par le défunt à l'un de ses successibles, il y a là une dette de l'héritier qui est soumise au rapport aux termes de l'article 851 C. civ.

On peut dire en un sens que le rapport n'est qu'un véritable paiement et que ces sommes prêtées faisant partie de la masse héréditaire doivent à ce titre, acquitter l'impôt des mutations par décès. On ne peut donc établir aucune assimilation entre notre espèce et le rapport des dons sur lesquels les droits de transmission ont déjà été payés.

Si le partage avait lieu dans les six mois de l'ouverture de la succession et que la créance ait été éteinte par suite de l'attribution qui en aurait été faite au débiteur, cette confusion qui s'opère sur sa tête ne saurait mettre obstacle à la perception du droit de mutation. L'héritier est devenu par l'effet d'une transmission créancier d'une valeur égale au montant de sa dette, et il est donc juste qu'il acquitte les droits

sur ce dont il s'est enrichi, c'est-à-dire sur la totalité de la créance ¹.

Aussi le débiteur, institué légataire universel par son créancier, devrait payer le droit de mutation par décès sur le montant de sa dette, parce que, dans l'espèce, la confusion qui s'est opérée sur sa tête n'est qu'un effet de la transmission testamentaire (Valenciennes, 14 février 1877, *J. E.* 20421. Vannes, 29 août 1872, *J. E.* 14648).

III. Rapport des legs.

Le legs fait sans clause de préciput devient caduc et la valeur léguée ne sort pas du patrimoine du défunt. Aussi n'est-il pas douteux que le droit de mutation par décès ne soit exigible, puisque les héritiers, en raison de la caducité de la disposition, tiennent les biens du défunt (v. Championnière et Rigaud, t. III, n° 2523).

1. V^r M. G. Demante. *Principes d'enregistrement*, n° 683. — Championnière et Rigaud, t. IV, n° 3639. — *Dict. redact.* v° succession, n° 158. — Cass. 20 janv. 1858, Sir. 58. 1. 309. — Sol. 20 sept. 1869, *J. E.* 18831.

CHAPITRE V

DE LA RÉDUCTION

L'action en réduction est la sanction nécessaire de la réserve dans le cas où le défunt a dépassé la quotité disponible par des dispositions entre vifs ou testamentaires, faites au détriment d'une certaine catégorie d'héritiers, dits *réservataires*.

Cette action n'a pas toujours pour but de réduire les libéralités excessives, elle peut aussi aboutir à l'anéantissement complet de quelques-unes d'entre elles. La qualification qui lui est donnée est donc inexacte ; mais, ainsi que le fait observer M. Demolombe, cette action a été considérée non pas dans son application spéciale à telle ou telle libéralité, mais dans son but général qui est de ramener finalement toutes les libéralités excessives au taux de la quotité disponible.

Les dons ou legs faits soit à des étrangers, soit à des successibles à titre de préciput et hors part ne sont pas nuls de plein droit ; ils ne peuvent être anéantis ou réduits que par l'exercice de l'action des réservataires. Mais il n'y a pour ces derniers que l'exercice d'une simple faculté, et ils peuvent ne pas se prévaloir

de leur action, comme ils pourraient renoncer à une succession.

En matière de droits d'enregistrement peut-on appliquer à la réduction opérée à l'encontre d'un cohéritier la doctrine que nous avons exposée plus haut à l'occasion du rapport? Sur ce point la doctrine est divisée en deux camps.

Pour les uns, l'objet de la réduction ne devrait pas acquitter une seconde fois l'impôt, lorsque l'événement du partage l'attribuerait aux réservataires, parce que le défunt a entendu transmettre au donataire la libéralité jusqu'à concurrence seulement de la quotité disponible et le surplus à ses héritiers. Ainsi il y aurait une transmission opérée tant à l'égard du donataire qu'en faveur des autres héritiers dans le cas où la donation entamerait la réserve. Or l'impôt a été payé à la décharge tant du donataire que des autres héritiers, lorsque la disposition à titre gratuit excède la quotité disponible. Il n'y a donc pas une mutation nouvelle, lorsque les réservataires agissent en réduction; ce n'est pas à titre successif que les héritiers reçoivent cet excédent, mais en leur qualité de codonataires, c'est-à-dire comme associés à la libéralité par l'effet de la volonté du disposant.

A l'appui de cette opinion on invoque les travaux préparatoires. L'orateur du gouvernement s'exprimait ainsi sur l'article 920 C. civ. « L'action de l'héritier » contre le donataire et les biens donnés qui sont » l'objet de ce recours, sont également étrangers à la » succession. Le titre en vertu duquell'héritier exerce » ce recours remonte au temps même de la donation. » Elle est présumée n'avoir été faite que sous la condition de ce retour à l'héritier dans le cas où la

» réserve ne serait pas remplie. C'est en conséquence
» de cette condition primitive de retour, que l'héri-
» tier reprend les biens sans charges de dettes ou
» hypothèques créées par le donataire. Il faut donc
» considérer l'héritier qui évince un donataire entre
» vifs comme s'il eut recueilli les biens au temps
» même de la donation ».

Le tribun Jaubert ajoutait : « Mais si la réduction
» est exercée par ceux au profit desquels la loi fait
» une réserve, ces derniers seront-ils tenus de payer
» les dettes postérieures à la donation? Non, ils ne
» viennent pas comme héritiers; on les considère
» uniquement comme des codonataires. C'est alors
» que, par une belle fiction, la loi, faisant ce que la
» nature seule aurait dû inspirer, suppose que, par
» le même acte, l'auteur de la disposition avait été
» juste envers tous ceux qui avaient droit à sa ten-
» dresse ¹. »

Cette doctrine cependant si équitable est combat-
tue par M. Garnier. — D'après cet auteur, la réserve
constitue une partie de la succession *ab intestat*. Or,
s'il en est ainsi, c'est la qualité d'héritier qu'il faut
faire valoir, car c'est par succession et non par dona-
tion qu'on obtient le rapport à la masse des biens ex-
cédant la quotité disponible. Dès lors il y a transmis-
sion au réservataire, par suite du décès, d'un bien de
la succession, et c'est ce qui doit donner lieu à la per-
ception d'un droit de mutation. Mais aux termes de
l'article 60, le droit perçu sur l'acte de donation ne
peut être restitué, car il a été régulièrement perçu, et
parce qu'il est le prix d'une transmission toute diffé-

1. V. en ce sens M. C. Demante, n° 719. — Championnière et Ri-
gaud, n° 2517.

rente de celle qui a lieu à l'occasion du décès du disposant (Bagnères, 18 avril 1859, *J. E.*, 12203). Cependant M. Garnier fait une réserve dans le cas où l'héritier, que nous supposerons donataire d'un immeuble, conserve tout l'immeuble soit pour le remplir de sa réserve, soit à la suite d'une licitation ou d'une convention, en payant la valeur de la fraction sujette à réduction ¹. Il y a alors une opération de partage et le gratifié ne fait que consolider son titre de donation.

La jurisprudence a même été plus loin dans la voie des concessions et elle a décidé que si un immeuble a été donné à un tiers et qu'après la réduction ordonnée le donataire se soit rendu adjudicataire sur licitation de l'immeuble, le droit de mutation ne saurait être perçu sur la part revenant au réservataire, lequel n'a jamais pu prétendre qu'à un simple retour en argent (Bourges, 6 mars 1868). L'administration, par une solution du 25 mars 1868, a ordonné l'exécution du jugement du tribunal de Bourges : aussi doit-elle, à plus forte raison, étendre cette décision au cas où le donataire qui subit la réduction, au lieu d'être un étranger, se trouve être un cohéritier qui accepte la succession.

En présence des principes adoptés par la jurisprudence, les conséquences qu'elle en tire semblent bien peu juridiques et tout porte à croire que les tribunaux ont été effrayés par la rigueur même de leur système. Car si les biens donnés rentrent de plein droit par l'effet de la réduction dans la masse indivise, on ne peut alors soutenir que la licitation n'a eu pour effet, tout en consolidant la propriété de l'immeuble donné entre les mains du donataire, que de régler le *quan-*

1. V. Garnier, *Répert. génér.*, n° 46320.

tum de l'indemnité à laquelle le réservataire avait droit à la suite de la réduction. Logiquement les tribunaux auraient dû voir là une deuxième transmission qui crée au profit de l'acquéreur un titre nouveau de propriété et qui par conséquent doit acquitter l'impôt de mutation. — Il y a donc dans la jurisprudence une tendance à appliquer la règle : *non bis in idem* ; mais cette règle ne saurait se justifier ici qu'avec le *principe de l'association virtuelle* des successibles à la donation faite par un cohéritier.

Notons toutefois que le système admis par M. G. Demante (n° 719) ne saurait s'appliquer au cas où la réduction s'exercerait contre un étranger ; et de ce qu'il n'existe plus aucune connexité entre le titre du donataire et celui des héritiers à réserve, il s'ensuit qu'il faudrait percevoir le droit de mutation par décès sur les biens rentrés dans la masse héréditaire.

Aucune difficulté n'existe sur la réduction venant frapper les dispositions testamentaires ; car les biens légués faisant toujours partie de la succession doivent être compris dans la déclaration faite à l'enregistrement. Aussi les droits de mutation par décès seront-ils acquittés par les réservataires sur les objets qu'ils conservent par l'effet de la réduction, et par les légataires sur ceux qui leur restent.

Il importe de remarquer que la réduction des libéralités excessives n'ayant pas lieu de plein droit et par le seul effet des dispositions de la loi, l'administration ne serait pas fondée à l'invoquer tant que les parties ne l'ont pas demandée ¹.

Il est bien évident que les biens donnés soit à un

1. Cass. 10 juillet 1860, S. 60. 1. 905. — Seine, 20 janv. 1841, J. E. 12662.

héritier renonçant ou qui les aurait reçus à titre de préciput, soit à des étrangers, ne devraient pas être pris en considération pour la détermination de la masse sur laquelle doit porter le droit gradué. En effet, si aux termes de l'article 922 C. civ. ces biens doivent être rapportés fictivement à la masse héréditaire pour connaître quelle sera la quotité disponible, il n'en résulte pas moins qu'il y a là des valeurs qui sont sorties définitivement du patrimoine du défunt et qui, malgré l'opération de calcul dont elles ont été l'objet, demeurent étrangères à la succession.

CHAPITRE VI

DU RETRAIT SUCCESSORAL

Le retrait successoral est la faculté accordée aux successibles de se substituer à l'étranger acquéreur des droits de l'un d'eux et de l'écarter du partage en lui remboursant le prix de la cession. Notre législateur, s'inspirant des traditions du droit coutumier, a considéré qu'il y avait bien souvent dans les cessions soit de droits successifs, soit de droits litigieux, des trafics honteux; aussi les a-t-il traitées avec une défaveur marquée.

Grâce à l'article 841, C. civ., il est permis à tout héritier de se débarrasser du cessionnaire étranger qui, *curieux d'apprendre les affaires d'autrui*, a cherché à s'immiscer dans les opérations relatives à la liquidation et au partage de la succession (Lebrun, liv. IV, ch. II, sect. 3, n° 66.) Tels sont les motifs qui ont fait consacrer ce droit d'expropriation pour cause d'utilité privée.

Il importe, avant d'étudier les effets du retrait dans ses rapports avec l'enregistrement, d'indiquer très rapidement contre qui et au profit de quelles personnes le retrait peut être exercé.

L'article 841 nous dit que le retrait peut être exercé

contre toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successible. Que faut-il entendre par *successibles*? Nul doute qu'il faille appeler ainsi tous les successeurs universels ou à titre universel du défunt, lesquels ne peuvent être atteints par l'exercice du retrait. Car à quoi bon vouloir les écarter, puisque leur seule qualité leur permet de venir au partage. Le mot successible a donc ici un sens très large et il est synonyme de copartageant. Aussi faut-il dire avec Demolombe :

Que, d'une part, le retrait ne peut être exercé contre aucun de ceux qui auraient, indépendamment de la cession à eux faite, un autre titre encore pour se présenter au partage ;

D'autre part qu'il peut être exercé contre tous ceux qui, pour figurer au partage, n'auraient d'autre titre que la cession.

Ainsi la majorité des auteurs et la jurisprudence s'accordent pour mettre à l'abri du retrait, malgré la cession à eux faite, tous les successeurs à titre universel, légitimes ou irréguliers, venant au partage soit en vertu des dispositions de la loi, soit en vertu de la volonté du disposant ¹.

Inversement serait retrayable la cession consentie par ces derniers à un étranger ; car il est bien évident que celui-ci ne viendrait pas au partage *proprio jure*, mais en vertu des droits cédés dans lesquels il a été subrogé ².

Si un donataire ou légataire particulier s'est rendu cessionnaire de droits successifs, le retrait successo-

1. Demante, III, n° 171 *bis*. — Demolombe, *Succ.*, IV, nos 46, 48 et seq. — Aubry et Rau, VI, § 621 *ter*, texte et note 14. — Lyon, 17 juin 1825. D. 1825. 2. 224. Cass. 21 avril 1830, Sir. 30. 1. 469.

2. Cass. 16 juillet 1861, S. 62. 1. 817.

ral peut l'atteindre ; car le légataire et le donataire ne sont pas des copartageants, puisque n'ayant droit qu'à un objet déterminé, ils ne peuvent prendre part aux opérations du partage de la copropriété.

Mais le but, l'esprit de la loi s'opposeraient à l'exercice du retrait en cas de cession faite à titre gratuit ; car les cohéritiers ne se trouveront plus en présence d'un spéculateur avide dont la crainte a fait édicter au législateur une mesure toute d'exception. Le texte même de l'article 841 C. civ. semble bien admettre cette solution lorsqu'il parle du remboursement du prix de la cession ; c'est donc exclure implicitement toutes les cessions dans lesquelles il n'y a pas de prix. Mais toutes les fois que le retrait s'exercera dans les cas prévus par l'article 841, il y aura lieu conformément à un grand principe de justice et d'équité, d'indemniser complètement le cédant, c'est-à-dire de lui rembourser non seulement le prix *réel* de la cession, mais aussi tous les frais et loyaux coûts du contrat ainsi que les intérêts du prix, à compter du jour du paiement. En effet quelque défavorable que soit le cessionnaire, si on ne l'autorise pas à réaliser un gain, il ne faut pas non plus permettre aux cohéritiers de s'enrichir à ses dépens.

Ceci dit, nous pouvons aborder l'objet même de notre étude.

La loi de frimaire ne renferme aucun texte relatif au retrait successoral ; aussi devons-nous appliquer ici les solutions de l'ancien droit dont notre législateur a dû s'inspirer aussi bien en matière fiscale qu'en matière civile. Sous l'empire de notre ancienne jurisprudence l'exercice du retrait jouissait d'une immunité complète tant à l'encontre des droits seigneuriaux

que du centième denier. C'est ce que nous dit Bosquet (*Dict. des dom.* v^o Retrait). « N'entendons néanmoins assujettir au droit de centième denier les actes de retrait soit féodal, lignager ou conventionnel, pourvu qu'ils soient faits, à l'égard du retrait féodal et lignager, dans les temps prescrits par les coutumes et usages. » D'ailleurs le retrait s'opère non pas en vertu d'une convention, mais par l'effet d'une disposition de la loi. C'est ce qu'avaient déjà mis en lumière nos vieux jurisconsultes. « L'exercice de ce droit, dit Fonmaur, n'est pas une nouvelle vente, mais le transport sur la tête des lignagers de l'achat fait par un étranger; et ce transport dérive de la loi municipale, indépendamment de la volonté de l'acheteur; en sorte qu'à son égard le retrait est forcé : d'où il résulte qu'il n'est pas sujet aux droits ¹. »

Le contrat de vente consenti à l'étranger n'est donc pas détruit, il subsiste avec tous ses caractères; il y a simplement subrogation du cohéritier dans la personne de l'acquéreur. Dès lors que le retrait ne renferme pas une vente nouvelle, aucun droit de mutation ne saurait être perçu ².

Mais le retrayant, nous l'avons déjà vu, doit rembourser au cessionnaire les sommes versées par ce dernier entre les mains de son cédant, les intérêts desdites sommes, ainsi que les frais et loyaux coûts de la cession. L'acte qui constatera le remboursement de toutes ces sommes est passible du droit de libération fixé à cinquante centimes pour cent. MM. G. Demante et Naquet pensent que, dans le cas où le re-

[1. V. Fonmaur, *Traité des lois et ventes*, n^o 228.

2. V. M. C. Demante, *Principes d'enregistrement*, n^o 716. — Championnière et Rigaud, n^o 2161. — M. Naquet, *Traité théorique et pratique d'enregistrement*, n^o 865.

trayant ne s'acquitterait pas immédiatement, le droit d'obligation serait dû. Telle n'est pas l'opinion de Rigaud et Championnière à laquelle nous déclarons nous rallier. En effet, la dette est préexistante et les obligations du retrayant dérivent de la loi et non de la volonté des parties. Aucune obligation nouvelle n'est contractée par le cohéritier; il y a simplement à son profit une prorogation de délai tacite qui présume l'existence d'une dette antérieure.

Le droit de 0 fr. 50 c. pour cent est dû sur les sommes payées par le cessionnaire et non sur celles dont il est encore débiteur envers le cédant. En effet l'obligation du retrayant de supporter toutes les charges non encore exécutées par le cessionnaire prend naissance *ipso jure* par le seul fait de l'exercice du retrait; aussi toute convention faite en ce sens ne serait-elle passible d'aucun droit proportionnel. Telle est d'ailleurs la solution qui a été donnée par l'administration qui a assimilé ce retrait au reméré (Sol. 19 mars 1876, 27 déc. 1876. *Dict. Rédact.* v° Retrait n° 64).

Cependant si, au lieu de rembourser le prix de la cession, les successibles désintéressaient le cessionnaire au moyen de valeurs dépendant de la succession, il n'y aurait pas là véritablement un retrait successoral, mais un simple lotissement passible du droit gradué (Sol. 30 juillet 1831. Garnier, *Rép. gén.*)

De ce que le légataire particulier n'est pas compris dans les termes de l'article 841, il s'ensuit que le retrait pourrait être exercé contre lui, et que cette opération ne serait tarifée qu'au droit de 0 fr. 50 centimes sur l'acte constatant la libération du retrayant. Mais le légataire à titre universel, qui puise dans la

loi elle-même le droit de venir au partage est à l'abri de toute atteinte et si, volontairement, il se soumet à l'exercice du retrait, il y aurait là un acte translatif de propriété passible du droit proportionnel. Cette rétrocession, consentie par ce dernier à ses copartageants, ne saurait, en effet, mériter la faveur du législateur, puisqu'il n'a pas eu pour but d'écarter notre légataire du partage.

Dès lors, ce retrait effectué en dehors des conditions légales, doit être assimilé à une cession de droits et être tarifé comme tel.

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. Le *mandatum pecuniæ credendæ* peut avoir pour objet toute autre chose que le prêt d'une somme d'argent (l. 222, D. *de verb. signif.*, l. 32, D. *mand.*)

II. L'obligation du fidéjusseur qui dépasse l'obligation principale est nulle et non réductible au taux de la première (l. 8, §§ 7 à 9, D. *de fidej.*)

III. Le mandat qui n'est pas restrictivement déterminé peut s'exécuter par acte équipollent, surtout lorsque l'intérêt du *mandator* ne s'y oppose pas. (ll. 46 et 62, § 1, D. XVII-1).

IV. Dans le cas où le créancier, après avoir reçu paiement du *mandator*, refuserait de lui céder ses actions, celui-ci pourrait obtenir du prêteur une action utile qui aurait absolument les mêmes effets que l'action directe contre le principal obligé (l. 8, C. IV-39 et l. 47, § 1, D. III-5).

V. Le bénéfice de division n'a pas été accordé aux *mandatores* par le rescrit d'Adrien (l. 7, D. XXVII-7).

VI. Le *mandator* qui a acquitté seulement une partie de la dette, sans invoquer le bénéfice de division, reste tenu du surplus dans la même mesure qu'il l'était auparavant de la totalité (l. 51, § 1, D. XLVI-1).

VII. Le bénéfice de discussion a été établi et non rétabli par Justinien.

DROIT FRANÇAIS

I. Dans notre ancien droit, les partages purs et simples ont toujours été exempts de profits seigneuriaux.

II. L'article 883 du C. c. renferme une fiction.

III. La cession de droits successifs faite par l'un des cohéritiers à *tous les autres* constitue un véritable partage dans le sens des articles 883 C. c. et 68 de la loi du 22 frimaire an VII.

IV. La cession d'une créance faite par l'un des cohéritiers avant partage ne peut produire aucun effet si, par l'événement du partage, cette créance est mise dans le lot d'un autre communiste.

V. L'article 883 reçoit une restriction des articles 709 et 710 du C. c.

VI. Si dans un partage sont intervenus des incapables, le défaut d'homologation de l'acte au jour de l'enregistrement a pour résultat, en le rendant provisionnel, de limiter ce partage à la simple jouissance des lots, le fonds restant indivis, et de lui enlever le caractère d'un véritable partage au sens de l'article 68 de la loi de frimaire.

VII. Dans un partage de succession, le droit gradué doit être perçu sur les valeurs rapportées, alors même que le rapport se ferait en moins prenant.

VIII. Dans un partage, lorsque l'un des cohéritiers reçoit en sus de ses droits une créance à charge d'acquitter tout ou partie des dettes de l'hérédité, il y aurait là, non pas une cession de créance, mais une présomption de mandat à l'effet d'opérer le recouvrement de la créance et d'en employer le montant à payer tout ou partie du passif de la succession. — Dès lors cette attribution ne saurait constituer une soulte.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. Si le *jussum* et le *mandatum* sont souvent confondus en fait, il existe toutefois une grande différence en droit entre ces deux actes (ll. 1 et 5, D. XV-4 de *pecul.*).

II. Le pupille qui, après avoir dépassé l'*infantia*, s'engage *sine auctoritate tutoris*, s'oblige naturellement (l. 95, § 2, D. XLVI-3 ; l. 21, pr. D. XXXV-2 ; l. 25, § 1, D. XXXVI-2).

III. Sous l'empire des lois caducaires, le *jus antiquum* ne s'exerçait pas sur les *caduca* (l. 1, pr. D. de *caducis*).

IV. L'*accipiens* qui a reçu l'*indû* de mauvaise foi ne commet pas un *furtum* (l. 65, § 8, D. XII-6, de *condict. indebiti* ; l. 43, § 1, D. de *furtis*).

DROIT CIVIL

I. Les père et mère ne peuvent réduire leur enfant naturel, en vertu de l'art. 761, à la moitié de sa part héréditaire qu'avec son consentement.

II. L'art. 1666 du Code civil est une application de l'art. 2170 du même Code.

III. Les lettres missives, alors même qu'elles auraient un caractère confidentiel, sont la propriété exclusive du destinataire.

IV. Le droit de publier une correspondance n'appartient qu'à l'auteur ou à ses héritiers.

V. La nullité que prononce l'article 1599, en cas de vente de la chose d'autrui, est relative.

VI. L'acte sous seing privé, non valable pour cause d'inobservation des formalités prescrites par l'article 1325 C. c., peut néanmoins servir de commencement de preuve par écrit pour établir l'existence de la convention.

DROIT PÉNAL

I. L'art. 187 du Code pénal ne s'oppose pas à ce que le juge d'instruction puisse saisir dans les bureaux de poste toutes les lettres dont la connaissance lui paraît utile.

II. Les préfets, en tant qu'ils agissent comme officiers de police judiciaire, partagent ce droit avec le juge d'instruction, en vertu de l'art. 10 du Code d'instruction criminelle.

III. L'art. 365 du Code d'instruction criminelle qui prohibe le cumul des peines, ne régit pas exclusivement que les crimes et les délits prévus par le Code pénal.

DROIT PUBLIC

I. Le scrutin d'arrondissement est préférable au scrutin de liste, notamment à ce point de vue qu'il assure mieux la représentation des minorités.

II. Les cours d'eau ni navigables ni flottables sont des *res nullius* qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous (714 C. c.).

ENREGISTREMENT

I. La cession d'une promesse unilatérale de vente est passible d'un droit proportionnel de 5 fr. 50 p. 0/0.

II. Un partage qui ne contient pas d'autre disposition que la division d'une rente sur l'État inscrite au nom de l'auteur commun, est passible du droit gradué, bien que les transferts desdites rentes ne soient pas imposés.

III. Le conservateur des hypothèques n'ayant pas à apprécier les motifs des parties qui requièrent la transcription, le droit proportionnel de 1 fr. 50 p. 0/0 doit être perçu sur l'acte qui, bien qu'il ne soit pas de nature à être transcrit, est présenté à la formalité. — De plus, si un acte renferme des dispositions indépendantes dont l'une seulement serait de nature à être transcrite, le conservateur, à moins que la réquisition ne soit formelle à cet égard, devra transcrire le contrat en entier et percevoir le droit sur le tout.

Vu par le président de la thèse,
G. DEMANTE.

Vu par le Doyen,
E. COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

Du *Mandatum pecuniæ credendæ*.

	Page.
GÉNÉRALITÉS.....	1
CHAPITRE I ^{er} . — § 1 ^{er} . Définition du <i>mandatum</i>	11
§ 2. Nature du <i>mandatum</i>	18
§ 3. Des personnes qui peuvent s'engager comme <i>mandatores</i>	27
CHAPITRE II. — Des caractères que doit réunir l'obligation con- tractée en vertu d'un <i>mandatum</i>	39
CHAPITRE III. — Effets du <i>mandatum</i>	57
Sect. I ^{re} . Bénéfice de cession d'actions.....	58
Sect. II. Bénéfice de division.....	80
Sect. III. Bénéfice de discussion.....	94
CHAPITRE. III. — Extinction du <i>mandatum</i>	103

DROIT FRANÇAIS

De l'effet déclaratif du partage en matière de succession

ENVISAGÉ

Quant à la perception des droits d'enregistrement.

INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE. — Ancien droit.....	5
CHAPITRE I ^{er} . — Du partage envisagé dans ses rapports avec les droits féodaux.....	5

CHAPITRE II. — Du partage envisagé dans ses rapports avec les droits domaniaux.....	39
DEUXIÈME PARTIE. — Droit moderne	47
Sect. I^{re}. Caractère du partage dans notre droit civil.....	47
CHAPITRE I ^{er} . — Des actes auxquels s'applique la règle du partage déclaratif.....	56
§ 1 ^{er} . Partage en nature.....	56
§ 2. Partage avec soulte.....	57
§ 3. Licitatation.....	58
§ 4. Actes équipollents à partage.....	62
CHAPITRE II. — Des choses auxquelles s'applique l'article 883.....	75
CHAPITRE III. — Des personnes auxquelles s'applique l'article 883.....	82
CHAPITRE IV. — Des effets produits par l'application de la règle du partage déclaratif.....	96
Sect. II. Droit fiscal (Enregistrement).....	103
INTRODUCTION.....	103
CHAPITRE I ^{er} . — Partage pur et simple.....	106
1 ^o Partage provisionnel.....	110
2 ^o Partage partiel.....	115
CHAPITRE II. — Partage avec soulte.....	119
§ 1 ^{er} . Attribution à charge de payer les dettes.....	122
§ 2. Attribution sous condition de supporter les charges.....	124
1 ^o Charge d'usufruit.....	125
2 ^o Rentes grevant l'un des lots.....	127
CHAPITRE III. — Licitatation.....	149
I. Rapport des dons.....	152
§ 1 ^{er} . Rapport en moins prenant.....	152
§ 2. Rapport en nature.....	156
II. Rapport des dettes.....	161
III. Rapport des legs.....	162
CHAPITRE V. — De la réduction.....	163
CHAPITRE VI. — Du retrait successoral.....	159
POSITIONS.....	17

ERRATA

DROIT ROMAIN

Pages	lignes	
7	24	Au lieu de : <i>démodé</i> , lisez : <i>démodés</i> .
15	12	<i>Avant le résultat</i> , lisez : <i>que</i> .
38	24	Au lieu de : <i>s'il n'y avait pas</i> , lisez : <i>s'il y avait</i> .
75	23	Au lieu de : <i>pignoratice</i> , lisez : <i>pigneratice</i> .
109	19	Au lieu de : <i>atteinte</i> , lisez : <i>éteinte</i> .

DROIT FRANÇAIS

Pages	lignes	
16	26	Au lieu de : <i>changeaient</i> , lisez : <i>changeait</i> .
18	4	Au lieu de : <i>appliquer</i> , lisez : <i>application</i> .
25	24	Au lieu de : <i>s'élèvera</i> , lisez : <i>s'éleva</i> .
25	note	Au lieu de : 88 <i>Paris</i> , lisez : 80 <i>Paris</i> .
26	29	Au lieu de : <i>Fontanus</i> , lisez : <i>Pontanus</i> .
36	18	Après <i>utilité</i> , lisez : <i>pratique</i> .
50	21	Avant <i>des communistes</i> , lisez : <i>celui</i> .
76	20	Au lieu de <i>cession, transport</i> , lisez : <i>cession-transport</i> .
93	3	Au lieu de <i>indivisible</i> , lisez : <i>divisible</i> .
108	6	Au lieu de <i>Auzanne</i> , lisez : <i>Auzannet</i> .
111	26	Au lieu de : <i>du</i> , lisez : <i>de</i> .
150	17	Au lieu de : <i>sous-entendu</i> , lisez : <i>sous-entendue</i> .
158	15	à supprimer : <i>eu</i> .

Châteauroux. — Typ. et Stéréotyp. A. MAJESTÉ.
